

DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA
DE
**TESTE CONTU-
MACE,**

QUAM
DIVINO AUXILIANTE NUMINE
RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DOMINO CAROLO,

PRINCIPE BORUSSIAE, MARCHIONE BRAN-
DENBURGICO, RELIQUA,

IN REGIA FRIDERICIANA,
SUB MODERAMINE

DN. JACOB. FRID. LUDOVICI, JCT.
POTENTISS. REGI BORVSSIAE A CONSIL. AUL.
ET PROF. PUBL. ORDINAR.

FAUTORIS, PRAECEPTORIS ET PROMOTORIS SUI AETATEM DEVENERANDI,
COLENDI,

PRO LICENTIA,

SUMMOS IN UTROQUE IURE RITE CAPESSENDI HONORES,

D. NOVEMBR. A. MDCCXVII,

HORIS ANTE ET POMERIDIANIS

PUBLICAE ERVDITORVM VELITATIONI SVBMITTIT

AUTOR

SAMUEL WILLETT,

BREMA-SAXO.

HALAE MAGDEBURGICAE
APUD CHRISTIANUM HENCKELIUM, 1735.



S. A. N. D. T. O. M.
DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA
DE
TESTE CONTUMACE.

CAP. I.
continens
Generalia ad explicationem rubri.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Judiciis sua constare debet auctoritas, §. I. quæ de jure civili per contumaciam læditur, (adjicitur contumaciæ etymologia & homonymia,) §. II. adeoque merito plectenda, §. III. ut in actore & reo, sic etiam in teste, §. IV. testis etymologia, homonymia & synonymia, §. V. realis testis definitio, ut & testis contumacis, §. VI. quaritur inde, an testis ad testimonium dicendum cogi possit, & quid hic in foro civili, §. VII. quid in criminali obtineat? §. II X. adducuntur quedam Germanicarum prouinciarum constitutiones cum remissione ad alias, §. IX. contumacia testium autem cum varie se exferat, conspectus & ordo disputationis proponitur, §. X.

§. I.



Postquam principibus summum rerum arbitrium a Deo T. O. M. concessum sudditis. que sola obsequendi gloria Tacito etiam teste *lib. 3. annal.* relicta, consequens exinde resultat, quod omnes, qui togam proborum ciuium exuere nolunt, in id omni ope ac studio intendere debeant, ne ulla occasione quidquam committant, quod perfidiæ notulam ipsis inurere possit.

*Judici sua
constare de-
bet auctoritas.*

Arctissimus quippe est ille nexus, quo subditum principi suo constringit ipsa naturæ religio. Hinc illi utique sua constare debet autoritas, quæ tanta, ut illa corruente tota salutis publicæ vacillet machina, Arnif. *de jur. majest. cap. 3.* nec violatur, nisi iniustitia contra ipsum autoritatis hujusce autorem, scilicet Deum, simul commissa. Quicumque enim potestati obsistit ex sententia Pauli ad *Rom. XIII.* Deo obsistit. Dei quippe minister est, qui potestate fungitur tuo bono. Inde etiam omnia jura, quæ nobis tam ex ipso naturæ lumine, quam ex reuelata diuini numinis voluntate & LL. ciuilibus tradita, in hoc unanimi calculo conueniunt, ut principis ejusque SSis judiciis sanctitatem suam conferuent, subditisque debitam inculcent obsequendi gloriam: *generale enim pactum est societatis humanæ, obedire Regibus suis*, inquit Augustin. *can. 2. dist. 8.* siue, ut explicat *gl. ff. ibid.* generali lege a natura imperata est subditis obedientia, quia ordo naturæ non patitur, ut inferior major sit & dominetur superiori, minor majori, seruus domino, *cap. cum inferior. de major. & obed. can. 4. dist. 21.* Quomodo vero & quatenus intuitu juris diuini & naturalis obedientia & obsequium præcipiatur, & in transgressores animaduertatur, nostri, ut hac vice inquiramus, non est instituti, sed quoad prius ad Theologos, quoad posterius vero ad DD. juris naturalis candidum lectorem remittimus, conf. tamen Grot. *de J. B. & P. l. 1. cap. 4.* Pufendorf. *de J. N. & G. l. 7. cap. 8.* Contenti igitur erimus, quid respectu juris ciuilis hic occurrat breuibus excutere.

*Quæ violatur
per contumacia-
m de jure
ciuili.*

§. II. Vocatur autem de jure ciuili inobedientia illa, qua quis debitam reuerentiam in non parendo principi & ejus autoritatem repræsentantibus judiciis denegat, communi nomine *contumacia*, & qui se ejusmodi delicti reos faciunt, *contumaces*, qui utrum a *tumendo*, ac si pertinacia, vel superbia quasi *tumeant*, ex sententia Nisi, siue, ut Velius Longus existimat, a *contemnendo* nomen fortiantur, & utrum *continax*, siue *contumax*, orthographia scribi velit, critici scru-

scrutentur, vid. Menag. *amoen. jur. civil. c. 39. sub verbo contumax.* Becmann *de orig. ling. lat. pag. 108.* Quoad homonymiam illud monuisse sufficiat, nos contumacem non accipere in bonam partem, quando firmum, constantem, inuitum significat, quo sensu *contumax etiam aduersus tormenta seruorum fides* dicitur apud Tacitum *l. 9. hist. c. 3.* verum illum contumacem dicimus, qui alias *καταφρονητής*, spernulus, proteruus, contemtor, german. ungehorsam audit, & quem glossa rebellem vocat ad *c. 1. X. de dol. & contum.* Et sic contumax dicitur, si generaliter consideratur, qui iussum superioris tam in iudicio, quam extra iudicium contemnit, & inde cum varium imperandi genus, *imperat enim princeps ciuibus, pater liberis, præceptor discipulis, tribunus vel centurio militibus*, ut ait Seneca *l. 1. de clement. cap. 6. l. 6. §. 2. ff. de re milit.* ita etiam omnes, qui iussa horum imperantium negligunt, contumaces adpellari merentur, Bargal. *de dolo c. 21. n. 5.* Nobis vero in sensu specialiori contumaces hac vice occurrunt, sc. tales, qui *intuitu iudicis* immorigeri deprehenduntur, siue qui ei, ad cuius jurisdictionem pertinent, negant obsequi in iudicio, vel ejusdem iussum contemnunt, *l. 53. §. f. ff. de re jud.*

§. III. Et hæc illa est contumacia, quæ in jure civili adeo damnatur, ut inter species delictorum & criminum referatur, *gloss in l. 12. ff. de inter. injur. faciend. l. 6. pr. ff. de re milit.* & in quam tot poenæ constitutæ reperiuntur, vid. *infra cap. V.* de quibus obiter notandum, quod strictissime merito a iudice obseruandæ, partim quia alias, prout dictum, per contumaciam magistratum autoritas, & in illa principis maiestas impune læderetur, partim, quia ad abbreviandas illas infinitas litium ambages multum conferunt, ad quas amputandas iudex omni nisu anhelare debet, *l. 21. de reb. cred.* unde merito practicam illam brocardici: *contumacia non accusata non nocet*, restringendam puto, ut hinc iudex, quamuis non imploratus, ex officio infelicem illam iustitiæ protrahendæ pruriginem auferre debeat. *Congruit*

*Adeoque illa
merito ple-
tenda.*

enim bono ac graui praesidi, curare, ut pacata & quieta sit respublica, quam regit, quod aliter obtinere non potest, quam si ejusmodi refractariis frenum injiciat, l. 13. ff. de off. praes. imo horum castigatio ad quietem publicam adprime confert, l. opprimendorum. C. quand. lic. un. sen. iud. dum e diametro nimia illa indulgentia & prolixitas ius in absynthium mutat, ut optime ait Brunnem. proc. civ. in prooem. & sic querelis illis, quæ proh dolor! de processuum diuturnitate ubique, per Germaniam praesertim, audiuntur, medela quodammodo adferretur, quæ diuturnitas tanta hodie est, ut sæpissime usu veniat, eos ipsos, qui victoriam reportarunt, tam longis anfractibus vexatos, ac tot sumtibus misere defatigatos sic affici, ut lugendum potius sibi esse putent, quod bonæ alioquin litis aut instituendæ, aut suscipiendæ consilium ab initio non abiecerint, quam gratulandum, quod tanto pretio nudam victoriæ gloriam compararint, ut verbis utar Ant. Fabr. in Cod. l. 9. tit. 22. def. 1. add. Wehneri obseru. pract. sub voc. Justizien Wesen, ubi totam illam Fabri definitionem, quam de litium & criminalium & civilium abbreviandarum noua ratione inscribit, recenset, conf. præcipue art. 15. & 29. ut & Valent. Winther. Parthen. litig. l. 1. c. 1. Sed quid iuuat, inanes iam tundere planctus? satis esse duco, ut quid fieri debeat, doleamus, (quod non fiat,) quid vero fiat, videamus.

*Vt in actore
& reo, sic et-
iam in teste.*

§. IV. Quomodo vero finis ille, sc. conseruatio auctoritatis magistratus, & abbreviatio litium intuitu actoris & rei obtineri queat, quomodo hancce suam proteruiam luant contumaces, quibusue mediis, quæ passim in iure occurrunt, in ordinem redigantur, de eo DD. ad tit. X. de dolo & contum. maxime vero illi, qui ordinem judiciorum exponunt, legi possunt, ubi itidem disput. sub praesid. Excell. Dn. Boehmeri de contum. non respond. habita conferri meretur. Nostri hac vice instituti saltem est, ut quid intuitu testis contumacis leges sanciant, & quæ tam quoad ius Romanum & commune, quam praxin modernam hic obtineant,

neant, pro modulo ingenii loco speciminis inauguralis, quanta fieri potest breuitate excutiamus. Cum enim experientia tota die comprobet, quavia & hac in parte iudiciorum illudatur autoritati, & cursus iustitiæ pronioris impediatur, considerationem hancce non sine utilitate fore confido.

§. V. Onomatologiam testis, ut ex communi DDrum *Etymologia testis.* methodo breuiter exponamus, illam cum Caluin. *lex. jurid.* *h. voc.* descendere putamus a testando. Sed hæc vox triplici potissimum modo in iure civili occurrit, & totidem diuersas significationes denotat: 1) *testari* denotat testamentum condere, per *rubr. ff. si quis aliq. testar. prob.* & inde testato & ab intestato decedere, *l. 45. §. 1. ff. de J. fisc. intestabilis, l. 26. ff. qui test. fac. poss.* & similes in iure expressiones reperiuntur, quæ tamen ad nostrum scopum non pertinent; 2) *testari* denotat adseuerare, denunciare, in testimonium adducere, & sic iuramenti quædam est species, v. g. si dicimus: *Deum testor*, quo verbo creberrime veteres in adiurationibus Deorum utebantur, hinc Virgil. *l. 11. Æneid, v. 154.*

*Vos æterni ignes & non violabile vestrum
testor Numen.*

& demum 3) *testari* dicitur testimonium dicere, siue, prout in iure occurrit, perhibere; & hæc significatio ad nos in præsentia pertinet, illud quippe est, quod leges fidem alterius et conscientiam ad rei confirmationem euocare appellant, *l. 22. ff. de test. l. 122. ff. de V. O. l. 40. pr. ff. de V. S.* Homonymiam quod adinet, illius explicationi merito *Homonymia.* supersedemus, dum ex ipso rubro, *testem contumacem* repræsentante, abunde patet, excludi hic acceptionem, quando testis accipitur diminutivè, ubi virilitatis testem denotat; inde igitur ad synonymiam duntaxat progredimur, ubi varia occurrunt. Dicuntur enim *testes* antiquitus 1) *superstites*, idque ex sententia Lud. Dickf. in *Oecon. instit. ord. jud. p. m. 295.* quod super statum caularum proferebant oblata,

lata, vel quod ipsi rei gestæ superfuerint, vel adfuerint, Schard. *lex. jurid. voc. testis*. 2) Vocabantur porro *antistites*, cap. *forum* 19. de *V. S.* Wesembec. *parat. ff. de test. pr.* quamvis enim antistites primarii dicti fuerint sacerdotes, §. 5. *instit. de Attil. tut.* quod ceteros *antestent*, i. e. expellant; Calep. *voc. antistes*, testes tamen itidem hoc nomine comprehenduntur, Schard. *lex. iurid. voc. antestor*. 3) Testes dicuntur generaliori nomine *aduocati*, de strictiori *vid. DD. ad tit. ff. de postul.* Notum enim, aduocatos illos dici, qui vel patrocinii, vel consilii, vel *testimoni*i causa vocantur, Schard. *lex. jurid. voc. aduocare*. Et demum 4) testes veniunt sub adpellatione *signatorum*, l. 4. l. 6. l. 7. *ff. testam. quemadm. aper. l. 22. ff. de testib.* Sic enim vocantur testes, quia ad testamenti, vel alterius negotii tabulas obsignandas adhibebantur.

*Realis testis
definitio,*

§. VI. Sed missis hisce, quæ saltem, ne contra crisin eorum impugnarem, qui argumento *l. Domitius ff. de testam.* statuunt, prius oportere quem terminos quæstionis explicare, quam determinare, adducere volui: ad magis realem testis definitionem me confero. Diutius vero hic minime immorari volo quæstioni, an & quatenus testimonium diuidi potest in illud, quod fit per testes & per instrumenta, *vid. Althus. jurispr. Rom. L. II. c. 34.* quamvis negare non possimus, testes in jure aliquoties sub nomine instrumentorum contineri, l. 1. *ff. l. 15. C. de fid. instr.* Sufficiat *testem* definire, quod sit persona, quæ ad fidem de re dubia faciendam a iudice competente euocatur & examinatur, Lauterb. *ad tit. ff. de testib.* cui igitur definitioni si illa, quæ supra de *contumacia* diximus, adjiciantur, nullus dubito, quin statim pateat, quoniam sensu nobis dicatur *testis contumax*, sc. talis, qui a iudice suo ordinario & competente ad testimonium perhibendum legitime citatus præfractè inobediens sine fontica causa parere recusat.

*ut & testis
contumacis.*

*Queritur in
de, an testis*

§ VII. Ne vero frustra de iuris videamur solliciti, dum de fonte nondum constat, antequam ulterius progrediamur,

mur, quæstio: an testis ad testimonium perhibendum ob-
 strictus sit, & an invitus ad id cogi possit? ventilanda oc-
 currit. Nullus enim testis contumaciæ reus æstimandus, ^{hibendum te.}
 nisi obligatio existat, quod ad testimonium dicendum ne- ^{stimonium}
 cessario obstrictus sit. Quæstio proposita omnino adfir- ^{cogi possit?}
 manda videtur, prout id unanimiter etiam a DD. adse-
 ritur, tum quia sententia communis dicitur, *Ayr. proc. cap.*
2. obs. 6. pr. Gail. l. 1. obs. 100. n. 1. & ibi ad leg. tum, quia grauiissi-
 mis fundatur rationibus, quæ ex utilitate tam publica, quam
 priuata, desumi possunt. Testium enim usus naturali ratio-
 ne a Deo probatus huc spectat, ut publice prosit omnibus ad
 tuendam veritatem aduersus mendacia malorum, *Oldend.*
d. test. p. m. 539. hocce quippe probandi genere orbatu futu-
 ram experiremur maximam probationum penuriam & re-
 rum omnium confusionem, ut optime *Oldendorp. ad leg. loc.*
 imo eueniret, ut quis propter defectum probationis jure suo
 & causa priuaretur, *c. f. X. de test. cog.* cum non semper & u-
 bique chirographis, sigillis, aut alia quadam scripturarum
 solemnitate adseri, aut confirmari possit negotium. Accedit,
 quod probatio, quæ fit per testes, dignior sit & probatione
 per instrumenta, præcipue priuata, potior habeatur, *l. 14. ff.*
de contr. comitt. stip. §. 12. Instit. de inut. stipul. add. Berlich. l.
1. conclus. 59. Inde etiam perhibendi testimonii necessitatem
 tam de jure Romano, quam canonico, abunde & variis sub
 pœnis injunctam legimus, idque propter fauorem reipubli-
 cæ, cujus interest, ut adhibeantur testes, quo eo melius
 quæstionis controuersæ veritas detegatur, *B. Dn. Sam. Stry-*
kus in disp. de salut. publ. c. 5. n. 51. Hinc publicam utilitatem
 exigere, ne veritas occultetur, adserunt canones *can. 2. caus.*
14. q. 2. Hinc *l. 4. ff. de testam. quemadm. aper.* sancitur, præto-
 ris officium esse, ut cogat signatores (testes in testamento adhi-
 bitos) conuenire & sigilla sua recognoscere, *conf. gloss. ib. verb.*
cogat. Hinc peccatum mortale dicitur, veritatem occultare,
c. ne quis 14. caus. 22. q. 2. id quod etiam *Plato l. 1. de LL.* innu-
 ere voluit, dum eos, qui veritatem celant, improborum vult

haberi numero. Vterque enim reus est, & qui veritatem occultat, & qui mendacium dicit, prout loquitur cum Augustino Gratianus *can. quisquis. 80. caus. 11. q. 3.* quia & ille prodesse non vult, & iste nocere desiderat, *c. 1. X. de crim. fals.* Hinc tandem, ut verba ad compendium referamus, de jure civili munus ferendi testimonium publicum est, ad quod inuiti etiam compelli possunt, *arg. l. 2. §. 1. ff. si quis caut. in jud. l. etsi per prætor. 26. §. ult. ff. ex quib. caus. maj.* ubi absentia propter testimonium dicendum ejusdem fonticæ excusationis vigorem habere dicitur, quam illa habet, quæ propter municipale legationem adducitur, cum utriusque absentia sit eadem necessitatis ratio, conf. Ayr. *proc. adl. cap. 2. obs. 6.* Gail. *l. 1. obs. 100.* Richt. *ad cap. 45. X. de test. cog. n. 17.*

*Sed quid in
criminalibus?*

§. IIX. Dum vero adlegatæ L L. tantum de causis civilibus loquuntur, controuertitur a DD. an in criminalibus eadem testium coactio obtineat? Fatemur, nos hic expressa lege juris civilis plane destitui, quamuis enim luculentur id probari posse videatur ex *l. 16. C. de test.* ubi dicitur: *constitutionem jubere non solum in criminalibus judiciis, sed etiam in pecuniariis, unumquemque cogi posse testimonium perhibere de his, quæ nouit;* illa tamen lex pro authentica haberi nequit, dum a Cujacio saltem restituta fuit, vid. ille *l. 13. obs. 83.* in ceteris vero legibus altum de coactione in criminalibus silentium. De jure canonico ex communi canonistarum sententia idem obtinet, dum in eo testes moneri, non cogi debere ad testificandum in criminalibus adferitur, *c. super eo X. de test. cog.* nisi esset tale delictum, quod non posset sine periculo dissimulari, quale est hæresis, blasphemia & similia, tunc enim testes cogi possunt, etiam si crimen sit occultum, Hostiens. *ad rubr. de testib. cog.* item conf. *c. 1. X. eod. n. 10.* Gilhaus. *arb. judic. crim. cap. 6. p. 3. no. 148.* ut & eo casu, si veritas aliter haberi nequit, de qua exceptione vid. infra *cap. IV. §. X.* in cæteris vero casibus coactionem locum non habere, communis est opinio. Hodie vero praxis judiciaria non adtendit, utrum hæc coactio

etio expresse fundata sit in jure ciuili & canonico, nec ne, cum publica utilitas coactionem indistincte admittendam esse satis euincat, præcipue cum const. Carolin. itidem consentiat, *art. 72. vers.* Und ob es, ubi ita traditur: Und ob es die Nothdurfft erfordert und begehret wird, compulsorial- oder Compasß-Brieffe zu geben, dadurch die Zeugen zu gebührender Sache zu bringen seyn, &c.

§. IX. Qua necessitate & utilitate supposita, diuersa Germaniæ nostræ prouinciarum statuta variis testibus contumacibus dictitant poenas, quæ singulæ huc collimant, ut testes ad perhibendum testimonium tam in ciuilibus, quam criminalibus causis, in patrocinium veritatis obligentur. Inde in camera imperiali mandato, siue commissoriali, clausula adjici solet: Ob sich einige sperren, oder widern, in was Schein dasselbe geschehe, &c. bey ziemlicher poen der Rechten darzu zu halten und zu zwingen, Blum. *proc. camer. tit. 73. §. 23.* In *ord. proc. Magd. cap. 30. §. 15.* a serenissimo LL latore itidem cautum: damit auch kein Zeuge Zeugniß zu geben sich verweigere, &c. so sollen Tangler und Räte, oder deren commissarius und andere Gerichts-halter hiemit befehligt seyn, daß sie allezeit nebst dem Gegentheil die Zeugen, der Sachen Wichtigkeit nach, erstlich ohne commination einer Straffe, wenn sie sich aber darauf nicht gestellen, zum andern mahl bey poen 10. 20. 30. fl. für sich bescheiden, und da sie dennoch ungehorsamlich auffenbleiben, sie zum drittenmahl bey zweyfacher auch nach und nach erhöheter Straffe citiren, & postea §. 16. Und obgleich ein Zeuge ein oder mehrmahl in solche Straffe verfallen, soll er doch damit die Wahrheit zu sagen sich nicht entbrechen, sondern durch ernstliche Straffe dupli, tripli, auch Auspfändung, und dergleichen, &c. gezwungen werden, conf. Churfürstl. Braunschw. Ober-*adpellations-Ordn. tit. 8. §. 30.* Sollen die commissarii &c. ubi poena carceris etiam dictatur, item *ord. prou. duc. Brunsv. tit. 46.* durch was poen die Zeugen zu zwingen? item *ord. Pomeran. tit. 55. §. 5.* In Saxonia per *ord. proc. jud. tit. 22.* hoc itidem obtinet,

*Adducuntur
quædam Ger-
manicarum
prouincia-
rum consti-
tutiones, cum
remissione ad
alias.*

non obstante *glossa Land-Recht lib. 3. art. 21. ad verb.* Sie sollen, quæ in desuetudinem abiit, teste Chilian. *Rönig in process. cap. 82. vom Gezwang der Zeugen, n. 2.* in tribunali Wismariensi quomodo hæc potestas commissariis ipso jure data, de eo vid. Meuium *p. 4. decis. 314.*

*Contumacia
varie se exse-
rit.*

§. X. Et hæc sunt, quæ loco proœmii ad explicatio-
nem rubri præmittere volumus. Sequitur jam, ut ad spe-
cialiora progrediamur, & ut videamus, quomodo testi-
um contumacia in actibus judicialibus femet exserat, quod
variis modis fit. Contumax enim audit 1) qui jussu ju-
dicis contemnit, & dicitur contumax in *non veniendo*, de
quo in *l. 53. §. 1. ff. de jud.* 2) dicitur contumax, qui qui-
dem comparet, sed contumax est in se *non exhibendo*, post
columnas, vel ostium latitando, *arg. l. 36. ff. de reb. aut. jud
p. ff. a quo* 3) parum differt, qui intempestive a judicio sine
venia recedit, & sic contumax fit in *recedendo*, *can. 43. caus. 1.
n. 9. 3. cap. 1. X. de judic. cap. 4. X. de dol. & contum.* Inter-
dum etiam judex jubet, ut respondeat quis interrogatus, &
ergo si ille inobediens est, & plane non, vel obscure respon-
det, contumax erit 4) in *non respondendo*, *l. 11. §. 4. de in-
ter. in jur. fac.* cui jungendus 5) contumax in *non juran-
do*, de quo in *l. 38. ff. de jurejur.* Bargal. *de dol. l. 5. c. 21. n. 23.* Hi omnes contumaces dicuntur, quatenus autem hac
contumacia se reos faciunt testes, de eo jam videndum. Ut
autem ordine procedamus, & singula justo loco collocemus,
hac uti volumus methodo, ut testem contumacem confi-
deremus, I. in relatione ad judicem, & quomodo intuitu illi-
us contumacia se exserat, II. quid circa testem contumacem
respectu citationis, insinuationis, comparitionis & exami-
nis notandum, III. videbimus personas, quæ sine nota con-
tumaciæ testimonium recusare & quatenus id facere pos-
sint, IV. tandem poenæ testium contumacium
subjicientur.

*conspectus &
ordo disputa-
tionis propo-
nitur.*

CAP. II.

DE

TESTE CONTUMACE IN RELATIONE AD IUDICEM.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Judex esse debet competens, nec prorogationi locus est, §. I. *quæritur: an testis contumax audiat, si a iudice superiori citatus parere recusat, id quod adfirmatur, §. II. observanda tamen practica, l. 3. §. 6. ff. d. test. ut & privilegium de non evocando, §. III. quodnam sit illud privilegium explicatur, & quinam illo gaudeant, adducuntur, §. IV. quid si in una ciuitate, quæ privilegio de non evocando gaudet, duo judicia concurrunt, inferius & superius? §. V. quæritur: an laicus sit iudex clerici compesens, & an clericus ad testimonium dicendum cogi possit? §. VI. resp. clericum cogi posse, §. VII. non tamen a iudice seculari, §. II X. dantur casus, ubi clerici testes forumulare agnoscere tenentur, §. IX. reliqui comparere tenentur vel coram ipso iudice, §. X. vel coram commissario, §. XI. an coram delegato commissarii? negatur. Recensentur tamen exceptiones, §. XII. in criminalibus delegatio non facile a iudice suscipienda, quæ etiam de jure civili plane illicita, §. XIII. de praxi interdum permittitur, §. XIV.*

§. I.

Requiritur autem, antequam respectu iudicis testis contumaciæ reus fit, ut iudex, siue magistratus, sit competens. Dico: iudex, siue magistratus. Postquam enim iam olim illa iudicium datio, quæ fiebat a magistratu, l. 14. ff. de reb. jud. l. 4. §. 3. de off. ej. cui mand. jurisd. in usu esse desiit, magistratusque ipsi iudicare iussi, magistratus & iudicis nomen confundi cœpit, l. 2. §. 5. C. de pedan. jud. §. f. inst. de interd. §. 9. f. de publ. jud. atque hodie unum pro altero promiscue usurpari solet. Hunc iudicem dico competentem esse debere; præsupponendum enim, penes illum, qui jubet aliquid, jus esse imperandi & jubendi, quo deficiente ab alio exigere nequit, ut voluntatem & iussa expleat, & alter dum libertate sua utitur, nullo modo delinquit, adeoque contumaciam non incurrit, unde:

optime Hermogenianus in *l. 53 §. 3. ff. de re jud.* adserit: *contumaces non videri, nisi qui cum obedire deberent, non obsequuntur*, & Paulus in *l. fin. ff. de iurisd.* *Extraterritorium jus dicenti impune non paretur.* Testes quippe cogere ad testimonium dicendum est actus contentiosæ jurisdictionis, qui in eos, qui alienæ jurisdictioni subjecti, exerceri nequit, Carpz. *jurispr. eccles. l. 3. def. 24. n. 4.* & sic judex incompetens ut mere priuatus consideratur, qui pronunciando sententiam fert ipso jure nullam, unde id, quod statuit, nullam rei judicatæ continere auctoritatem, Imperatores Diocletianus & Maximianus in *l. 3. C. de iurisd. omn. jud.* rescribunt. Id quod ex mea sententia adeo verum, ut nequidem inuito judice ordinario prorogatio locum habeat. Quamuis enim DD. communiter hic in contrarium adferant *l. 2. C. comm. utr. jud.* unde inducere volunt, hoc unice a voluntate citati dependere, an comparere velit, annon; hodie tamen, ubi possessio jurisdictionis moribus & consuetudinibus recepta atque ipsa jurisdictio in patrimonio, siue commercio posita, prorogationem jurisdictionis locum non habere censeo, ne judices ordinarii careant fructibus jurisdictionis suæ. Unde nec vasallo licet hodiennm sine consensu domini sui, in cujus patrimonio est jurisdictio, coram alio comparere, id enim faceret cum injuria domini sui, Duaren. *ad tit. de judic. rubr. de for. comp.* inde etiam apud Carpz. *p. 1. c. 16. def. 29.* in causa Christoph Neudels in Ballfeld ita pronunciatum: *Da der Landes-Fürst, von dem eure Frage meldet, die Person, deren auch in euerer Frage gedacht wird, mit den Ober- und Nieder-Gerichten beliehen, und Seine Fürstl. Gnaden gedachter Person Unterthanen zu zeugen in bürgerlichen und päinlichen Sachen citiren wolte: So geschicht von hochemeldeter Ihrer Fürstl. Gnaden solches vermöge der Rechten, wosern des Orths dem Hof- und Cangeley-Gebrauch nach ein anders nicht hergebracht, per subsidium und durch Befehlich an den Unterrichter billig, B. R. W.* Si igitur judices ordinarii subditis suis inhibere possunt, ne
co.

coram alio iudice compareant, sequitur etiam, quod sine consensu iudicis sui nec volentes ex rationibus modo dictis comparere possint, Oswald. Hillig. *in Donell. l. 17. cap. 10. lit. N.* Unde infero, quod si testis extraneus sponte comparet sine permisso iudicis ordinarii, cui subest, ille a parte adversa recusari possit, partim quod non legitime citatus fuerit, partim quia præsumptio contra ipsum oritur, quod semet ipsum ingesserit & hinc suspectus habetur, *arg. l. 25. ff. de procur. l. 5. §. 10. ff. d. f. immun. l. 3. C. qui milit. non poss.* Nec mouet autoritas dissentientium, Lauterbachii *colleg. theor. pract. de test. §. 8.* Hahnii *ad Wesemb. eod. tit. n. 2.* Carp-zovii *jurispr. consistor. l. 3. d. 24.* & aliorum, qui hac ratione utuntur, quod veritas hic magis, quam solemnitates inspiciendæ; regerimus enim, quod quando LL. solemnitates requirant, illæ necessario adhibendæ sint, idem enim est non fieri & non legitime fieri, *arg. l. 6. ff. qui satisd. cog. gloss. ib. l. 4. §. 6. ff. de reb. jud.* eiusmodi solemnitates vero intuitu testium requiruntur, & inter illas legitima citatio refertur, utpote quæ testimonium iudiciale ab extraiudiciali distinguit, Speckan. *quest. jurid. cent. 3. cl. 3. quest. 16.* Concludimus inde, quod quo magis incommodum evitetur, iudex consulte faciat, si testes ad examen non provocet, nisi prius consensus iudicis eorum ordinarii impetratus fuerit. Exceptio tamen hic erit 1) in vagabundo, hic enim, quia nullum domicilium habet, a quocunque iudice in quocunque loco ad testimonium perhibendum adstringi potest, 2) eo casu, si periculum est in mora, mortis ipsorum testium, &c. consensus iudicis ordinarii non præcise requiritur, Gail. *l. 1. obseru. 93. n. 4.*

§. II. Sed inde iam alia quæstio resultat: an videlicet testis contumaciæ poenam incurrat, si non quidem a iudice immediate ordinario, sed superiore, non requisito magistratu inferiore, citatus parere recusat? ad quam generaliter cum Rauchb. *p. 1. quest. 13.* (ubi prolixè hanc materiam ventilat,) adfirmatiue respondemus. Quamvis enim iudicis

Testis contumax audit, si a iudice superiore citatus, parere recusat.

cis inferioris potestati permittatur, ut testes citare possit; id tamen juris necessitati non subjacet intuitu superioris, scil. ut hic judicis inferioris citationem requirat, si causa coram ipso ventilatur, vid. *l. 40. ff. de judic.* nec sequitur, princeps jurisdictionem inferiori concessit, ergo sine ipsius præscitu testem sub illo degentem citare nequit, plane enim diuersa hæc sunt, a quibus male fit illatio, *l. Papi- nianus 20. ff. de minor.* Pertinet huc regula vulgata de jure ciuili, quod concedens jurisdictionem inferiori, intelligatur eam in dubio non priuatiue, sed cumlatiue concessisse, Panorm. in *c. pastoralis n. 6. X. de off. ord.* adeo, ut eadem potestas & jurisdictio superiori intuitu causarum, quæ coram ipso ventilantur, aduersus homines subditosue sui inferioris etiam deinceps competat, juxta regulam: si vinco vincentem te, multo magis te vinco, *c. autoritas. X. de concess. præbend. in 6. l. 14. §. itaque ff. de diuers. & temp. præscr.* Unde etiam dicitur, quod iudicium soluatur vetante eo, qui majus imperium possidet in eadem jurisdictione, *l. judic. solu. 58. ff. de judic.* quia per superuenientiam majoris cessat minoris Magistratus jurisdictio, *l. 5. C. de off. rect. prou.* imo hoc contra reuerentiam & fidem principi ab inferiore debitam impingeret, quibus tamen saluis jura intendi debent. Coler. *de proc. execut. p. 3. c. 7. n. 31.* Anchoran. *l. 2. quæst. aur. 48. n. 8.*

Observanda
tamen practi-
ca, *l. 3. §. 6. ff.*
de test.

§. III. Quamvis vero, vt modo demonstratum, iudici superiori, siue principi, hæc euocandi potestas regulariter competat, observanda tamen omnino venit practica *l. 3. §. 6. ff. de test.* ubi circa evocationis materiam ita sancitur: *testes non temere euocandi sunt per longum iter, & multo minus milites auocandi sunt a signis, vel muneribus, perhibendi testimonii causa, idque Divus Hadrianus rescripsit, sed & Divi fratres rescripserunt, quod ad testes euocandos pertinet, diligentia judicantis est explorare, quæ consuetudo in ea prouincia, in qua iudicat, fuerit.* Idque duabus potissimum ex rationibus, partim, ne testibus officium su-

um

um, quod iudicio & veritati præstant, nimis damnosum. *l. 7. ff. quemadm. testam. aper. ibique Bart. partim*, quia partibus valde onerosum esset, frustraneos & non necessarios sumtus erogare, *arg. l. 11. C. de test. Gail. l. 1. obs. 98. inf.* Et inde in praxi observatur, quod circumstantiis *adl. l. adductis* occurrentibus articuli ad iudicem testis ordinarium interdum transmittantur, isque per compulsoriales adigatur, siue, si inter duos iudices nemo superior, nemo inferior, per litteras mutui compassus, aut subsidiales, germanice *Compaß-Brieffe*, rogetur, ut citata parte, aut procuratore eius, testes examinet, atque ita depositiones ad locum iudicii remittat, quæ perinde valent, ac si coram ipso iudice causæ factæ fuerint, *l. 18. C. de fid. instrum.* Quomodo vero litteræ mutui compassus conficiantur, de eo vid. Dn. Præsidis *Einleitung zum civil-Proc. cap. 15. §. 29. & not. ad const. crim. art. 72.* Deinde notandum, quod nec a iudice et- ^{ut & priuile-} iam superiore illi, qui priuilegio de non euocando, aut alia ^{gium de non} quadam speciali concessione muniti, ad suprema iudicia tra- ^{euocando,} hi possint, quia ejusmodi euocatio nullius foret utilitatis, cum testes nihilominus impune testimonium recusare possint.

§. IV. Est autem priuilegium de non euocando exem- ^{Quodnam sit} tio, qua subditi, qui alias coram iudice, qui ius euocandi ^{illud priuile-} habet, comparere obligabantur, speciale priuilegium na- ^{gium, expli-} cti sunt, quo mediante non nisi coram iudice suo immedia- ^{catur.} te ordinario semet sistere tenentur, vid. *Rhet. institut. jur. publ. l. 1. tit. 6.* Gaudent illo priuilegio præcipue subditi ^{quinam illo} principum electorum, idque per *A. B. cap. 11 §. 1.* unde quia ^{gaudeant,} de effectu hujusce priuilegii exinde uberrime constat, ver- ^{adducuntur.} ba in vernacula hic adducere libet: Wir ordnen und setzen hiermit, daß kein Graff, Freyherr, Edel, Ritter, Lehn-Dienst- oder Burg-Leuthe, noch andere Persohnen, so den Stifftern, Kirchen, oder Gottes-Häusern in Maynz, Cölln, oder Trier zuständig und unterworffen, welcherley Standes, Würden oder Wesen sie seyn, auf eines Klägers Anhalten aus ihren Landen, Ge-

C

bie

bieten und Brängen solcher Stifter und deren Zubehörungen, fürtan zu keinem andern Gericht geladen werden sollen und mögen, dann vor die jetzt erwähnte Gerichte zu Maynz, Trier und Cölln, wie solches bisher ebenmäßig gehalten worden, 2c. die citirte sollen nicht erscheinen, noch Antwort geben, 2c. dieselbe Ladung soll in keinen Kräfte[n] noch Würden bestehen, sondern gang[n] nichtig ab und todt seyn, *conf. capit. Leopold. art. auch sollen und wollen, &c. 18. idem in specie de subditis electorum & ducum Saxoniae adstruit Carpz. in tr. de privileg. elect. & duc. Sax. de non adpell. ib. 29. n. 31. seqq.* Licet autem reliquis statibus imperii hoc privilegium eo tempore concessum non fuerit, hodie tamen nulla intuitu eorum differentia deprehenditur, vid. Sylu. Germ. Teutscher Reichs. Staat. tom. I. p. 4. cap. 1. §. 7. p. m. 437. unde etiam Gail. l. 1. obs. 98. n. 2. testatur, quod commissarii camerales mediatos imperii subditos euocauerint quidem, illis vero semper a statibus contradic[tu]m fuerit, sic ut etiam in contradictorio obtinuerint. Quamobrem mutato statu imperii Romani illud amplius defendere non possumus, quod Speckhan. *quest. jur. cent. 3. class. 3. p. m. 956.* de potestate camerae imperialis circa euocationem mediatorum subditorum ex *l. deprecatio 9. ad l. Rhod. de iact. & l. fin. C. de quadrienn. praescript.* adstruere conatur, quia scilicet camera supremum principem & dominum orbis Romani repraesentet, & proinde quam late patet imperium, dictae camerae jurisdictio se extendat. Hodie igitur omnium etiam imperii statuum subditi hoc gaudent jure, ut a camera testimonii dicendi causa euocari non possint. De hoc enim solum solliciti sumus, nam quid obtineat, si in alieno territorio delinquunt, contrahunt & ibi deprehenduntur, & quomodo hoc casu privilegio suo uti non possint, de eo vid. Sylu. Germ. Teutscher Reichs. Staat *ad l. l.* Porro dantur & aliae ciuitates & provinciae municipales, quae hoc privilegium consecutae sunt, sic ut a dicasteriis senatui articuli transmittendi sint, ut ipse ciues suos ad illos examinet, imo consuetudine etiam hoc
jus

jus introduci posse, statuit Carpz. *p. 1. c. 16. d. 29. in f.* Ejusmodi priuilegium possident Lipsienses, qui ad curiam prouincialem non nisi per subsidium senatus vocari possunt, Carpz. *process. l. 7. art. 3. n. 44 seqq.* prout etiam obtinet in Lusatia, ubi subditi ne quidem a supremo adpellationum senatu irrequisito iudice immediato euocari possunt. Sic quoque consistoria in electoratu Saxoniae non immediate citant, sed demum requisito iudice seculari, vid. *resol. grauiam. de anno 1612. tit. von consistorial Sachen, conf. Schilter. ex. 7. th. 10.*

§. V. Quid vero, si in una ciuitate duo iudicia concurrunt, quorum unum altero superius, ciuitas vero priuilegio de non euocando gaudet, quæritur: *an testis ciuis a superiori iudicio citatus sine nota contumacia comparitionem denegare possit?* negatur, nisi priuilegium illud demum post existentiam supremi iudicii ciuitati, & expresse magistratui ciuitatis tamquam iudici inferiori a principe concessum, alias ciuis in testem euocatus utique parere tenetur, cum id, quod in fauorem iustitiæ introductum, in ejus detrimentum & protractionem flecti non debeat. Beneficium quippe de non euocando fauet ciuibus, ne extra ciuitatem cum damno suo a re familiari auocentur, non autem tribuit magistratui priuatiue examinandi potestatem & illam superiori denegat. Priuilegia enim stricte sunt accipienda, nec ultra literas temere extendenda, Bart. *in l. 1. ff. de LL. c. priuilegia. dist. 3.* Imo licet princeps antea magistratui examen testium concesserit, nihilominus tamen ille deinceps pro lubitu jus suum exercere potest, per superuenientiam enim majoris magistratus cessat iurisdic-tio minoris, *l. 5. C. de off. rect. prouinc.* Certo respectu hic quoque adplicari potest, quod habetur im Sächs. Land-*R. l. 1. art. 58. §. wenn der Graff, &c.* scilicet quod quando-cunque rex, vel imperator intrauerit prouinciam vasalli sui, siue is dux fuerit, siue comes, aut quicumque alius, ejus iurisdic-tio cesset, cum quo conuenit Land-*R. l. 3. art.*

Quid si in una ciuitate, quæ priuilegio de non euocando gaudet, duo iudicia concurrunt, inferius & superius?

6. §. in welcher Stadt, *junct. art. 26. & art. 56.* unde communiter dicitur: in welches Land der Kaysar kommt, da ist ihm das Gericht ledig, daß er alle Klagen richten mag, die vor ihn kommen, quod tamen salva superioritate territoriali statuum imperii, salisque aliis privilegiis intelligendum. Demum notandum, quod nulla etiam præscriptio contra principem currat respectu hujus privilegii, cum hoc meræ facultatis sit, quamvis princeps judici inferiori per temporis spatium circa examen testium aliquid indulserit, *l. 2. ff. de via publ. gloss. & DD. ib. gloss. in l. 1. C. de annal. exc.* vid. casum huc pertinentem in terminis intuitu civitatis Wismariensis & supremi tribunalis regii apud Meu. *p. 3. dec. 151.*

Quæritur: an laicus sit judex competens clericis, & an clericus ad testimonium dicendum cogi possit?

Respondetur, clericum cogi posse.

§. VI. Antequam vero hanc circa privilegium de non euocando materiam mittimus, meretur adhuc ventilari quæstio *de foro competente clericis.* Cum enim clerus regulariter semet a jurisdictione laicorum exemptum esse prætendat, quæritur: *an clericus a judice ad testimonium dicendum cogi possit, & quinam judex sit competens?* Ut vero ordine procedamus, duo hic membra distinguenda veniunt, 1) an clerici cogi possint? 2) an hoc a judice seculari fieri queat?

§. VII. Quod prius attinet, an coactio ad testimonium perhibendum intuitu clericorum locum habeat, affirmative quo minus respondeamus, impedimentum non video. Clerici enim non reperiuntur in numero personarum, quæ a necessitate testandi exemptæ sunt, nec in catalogo privilegiatorum, de quibus infra *cap. IV.* Quamvis enim obstare videatur adsertum Theodosii in *l. 7. C. de episc. & cler.* ubi dicitur: *nec honore, nec LL. episcopus ad testimonium dicendum flagitetur*, item: *episcopum ad testimonium dicendum admitti non decet*, juncta ratione, nam & persona oneratur, (vel, ut legitur in codice Theodosiano, *dehonestatur*), & dignitas sacerdotis exempta confunditur; respondetur tamen, quod adl. lex de clericis a judice secu-

seculari regulariter non cogendis loquatur, Brunnem. *in d. l. n. 1.* & hæc ratio sufficere potest explicationis. Licet enim sint, qui statuunt, verba illa intelligenda esse de casu, si veritas aliter haberi nequit, & extra hunc casum clericos excusatos esse, nec cogendos contendunt, Gail. *l. 1. obs. 100. n. 16.* Brunnem. *ad l. 17. C. de test.* hanc tamen explicationem admittendam non esse existimo, & dicerem potius, clericum semper, etsi alii testes forsan haberi possent, examinandum esse, cum majorem fidem facere possit, quam alii, præcipue cum inueniantur, qui dicunt, quatuor clericis & sacerdotibus plus credendum esse, quam sex laicis & secularibus, Marta *cons. 44. n. 4. & cons. 87. n. 30. 31.* Durand. *in spec. l. 2. part. 2. de requisit. n. 8.* conf. Carpz. *p. 1. c. 16. def. 69.* neque sane eorum dignitas eo ipso minuitur, uti prætendunt, quando in causis laicorum testimonium dicunt, cum veritatis dictio potius virtutis opus sit, ut oppressis succurratur, & iniquitati occurratur, adeoque minime concedenda ipsis erit exemptio. Vnde quoque jure consuetudinario nulla diuersitatis ratio attenditur, siue personarum secularium, siue religiosarum, sed perinde ac laici ad testificandum hodie clerici sunt compellendi, Pingitz. *quæst. 35.* Mart. Coler. *p. 1. dec. 211. p. 2. decis. 241.* prout non solum in Germania, sed etiam de consuetudine Belgii & Galliarum, teste Paul. Christin. *dec. 17. n. 8. seqq.* obtinet.

§. IIX. Progredior ad alterum quæstionis membrum: *Non tamen a* an & quatenus a iudice seculari clericus ad testimonium co- *judice seculari* gi possit, & annon semet exceptione iudicis incompetentis *ri.* tueri queat, si a seculari citatur? cujus quæstionis difficilior est explicatio. Communiter a DD. hic negatiua defenditur, quam etiam eousque extendunt, ut clerici nec volentes se jurisdictioni seculari ad perhibendum testimonium in præjudicium jurisdictionis episcopalis subicere possint, & hæc sententia ex mente eorum firmatur (1) per *can. 22. c. 22. q. 5.* ubi ita: *nullus ex ecclesiastico ordine cuiquam laico quidquam supra sacrosancta euangelia jurare præsumat.*

Lauterb. *coll. theor. pract. de test.* §. 9. (2) per *cap. 12. X. d. foro comp.* ubi expresse reperitur, clericum nec jurisdictionem judicis secularis prorogare posse, ne quidem cum juramento, quia hoc statuta & concilia canonica Mileuitanum & Carthaginense impugnat, Carthaginensis concilii verba adduxit Exc. Dn. Böhmer *de jur. eccles. præt. l. 2. t. 2. §. 37.* Postquam enim clerici ex imperatoris concessione ab initio sibi audientiam, siue nudam notionem adrogarunt, *l. 1. C. d. episc. aud.* intempestivus erga religionem ardor effecit, ut magistratus ecclesiastici omnigenam jurisdictionem exclusam plane potestate seculari sibi vindicarint, imo confirmationem hujusce usurpationis deinceps ab ipsis imperatoribus obtinuerint, vid. Friderici *auth. statuimus C. de episc. & cler.* Et inde exortum, quod in jure prouinc. Saxon. *l. 1. art. 1.* dicatur, *zwey Schwerdter ließ Gott auf Erden zu beschirmen die Christenheit, dem Pabst das Geistliche, dem Kayser das Weltliche*, adeoque corruptam hac in parte apud pontificios jurisdictionem hodiernam dolemus, quæ hierarchia non solum cum tranquillitate reipublicæ, sed & ipsamet salute ecclesiæ pugnat, vid. Excell. Dn. Böhmeri *dissert. prælimin. ad jus eccles. protest. §. 21. & passim.* Quidquid tamen sit, hodie clerici exemptionem a potestate judicis secularis ex semel recepta praxis corruptione recte urgere valent, nec nisi a iudice ecclesiastico ad testimonium dicendum compelluntur. Idem prærogatiuæ datum est dignitati clericali, Gail. *l. 1. obs. 100. n. 16.* Balduin. *d. cas. consc. l. 2. cap. 9. cas. 19.* Farinac. *de test. qui 6. n. 7.* Carpz. *juris consist. l. 3. def. 24.* Finckelth. *obs. 95.* quæ praxis non solum apud ipsos papicolas mansit, sed & ad fora protestantium permanuit, ubi coram magistratu ecclesiastico tamquam iudice suo proprio testes itidem examinantur, B. Dn. Stryk. *V. M. ff. de test. §. 7.* Et hoc priuilegio tota clericorum gaudet familia, Meu. *p. 3. d. 173.* Cothm. *resp. acad. 17. de foro com. §. 3.* forum priuilegiatum quippe regulariter ad uxores & liberos extenditur, Klok. *vol. 1. cons. 39. n. 44.* Brunneman. *jur. eccles. cap. 1. §. 12. in f.* a quo tamen famu-

muli & ancillæ conductitii merito excluduntur, utpote quod nec ex ipso jure canonico probari posse pontificii etiam fatentur, Barbof. *de jur. eccles. l. 1. c. 39. §. 2. n. 57.* conf. excell. Dn. Böhmeri *jus eccles. l. 2. tit. 2. §. 34. 44.* Porro dicto privilegio omnes gaudent, qui sub nomine clericorum veniunt, siue, *qui in ecclesia Dei deseruiunt*, ut loquitur *c. clericos 1. dist. 21. v. g.* Acoluthi, exorcistæ, lectores, ostiarii, organici &c. qui omnes jurisdictioni ecclesiasticæ subjacent & ut testes vocati, non nisi coram iudice ecclesiastico examinari possunt, nisi per specialem constitutionem principis etiam coram ordinario iudice seculari comparere jussi, prout hoc ita in ordinatione ecclesiastica ducatus Magdeburgici *cap. 28. Sect. 3. §. 2.* a sereniss. LL. constitutum, add. Dn. Mylii *constitut. Magdeb. p. 2. c. 1. §. 23. & 25.* ubi ita: vor dem consistorio nun haben ihr forum alle Prediger, so viel ihr Amt und personal-Sachen betrifft, die Küster aber, als welche Inhalts Unserer Kirchen-Ordnung von jedes Orths Obrigkeit bestellet, auch wann sie sich in ihrem Amt der Gebühr nach nicht bezeugen, auf vorgegangener cognition von derselben beurlaubet werden, sollen das forum vor jedes Orths Obrigkeit agnosciren. Cum enim in foris protestantium clericis quidem forum ecclesiasticum & privilegiatum, sed ex mera principum gratia & indulgentia concessum, a principibus itidem pro lubitu exemptio illud restringi, minui & penitus auferri potest. Inde in *ordinat. consist. Hasso-Cassell. cap. 8.* magis adhuc privilegium clericorum intuitu fori ecclesiastici restrictum, quippe ubi disponitur, daß in andern civil- und politischen Schuld- und dergleichen Sachen und Forderungen, die mit ihrem Geistlichen Stand und Amt keine Gemeinschaft haben, (inter quas causas etiam examen, si ut testes producuntur, procul dubio referendum) bey ihrer ordentlichen und weltlichen instantz und Gerichts-Zwang gelassen werden sollen. Quid? quod in nonnullis ciuitatibus imperii immediatis, ut Hamburgi, Noribergæ, Bremæ, &c. consistoria plane sublata, & clericæque ac laici senatui subsunt, & eodem cum ceteris foro fru-

fruuntur, vid. Dn. Böhmeri *jus eccles. cit. l. §. 38.* Id etiam in Marchia obtinet, quod clerici non minoris ordinis solum, sed & ipsi concionatores, die Prediger, coram patronis & ordinario iudice forum sortiantur in causis civilibus; adeoque ut testes producti incompetencia fori semet tueri nequeant, sed refractarii etiam a iudice seculari ut contumaces puniri possunt, conf. Dn. Præs. Einsl. zum consistor. Process cap. 5. ubi §. 2. ipsa verba der Märckischen Kirchen-Ordnung, tit. 10. §. final. adducit, & omnia, quæ ad competentiam fori clericorum spectant, fuse pertractat.

Dantur ta-
men casus,
ubi clerici
testes forum
seculare a-
gnosceret te-
nentur.

§. IX. Quamvis vero regulariter, ut in præcedenti §. ad nauseam demonstratum credo, clerici de iure canonum coram iudice seculari comparere nequeant; dantur tamen aliqui casus excepti, ubi etiam a iudice laico citari, examinari, imo cogi possunt, videlicet (1) si consensus episcopi, aut iudicis ecclesiastici accedit. Potest enim hic licentiam dare iudici laico, ut testem clericum coram se ipso examinet, *can. 2 c. 14. qu. 2.* Mascard *de probat. conclus. 1365. n. 61.* Gail. *l. 1. obs. 100. n. 16.* Brunnem. *ad l. 7. c. de episc. & cler. n. 6. & 7.* Videtur enim sic ipse iudex ecclesiasticus per secularem tanquam delegatum hoc examen expediuisse, Carpz. *l. 3. def. n. 10.* (2) examinatio & coactio clerici a iudice seculari recte fit, exigente ita necessitate, utpote quæ non tantum non subest LL. sed lex potius subest necessitati, *arg. l. 7. in f. ff. de administr. & peric. tut. cap. concilium 2. X. de observ. jejun.* ideoque si in mora periculum, v.g. tempore pestis, belli, &c. clericus coram iudice seculari examinari potest, quoties enim præsens necessitas postulat, etiam coram incompetente iudice facta receptio valet, Gail. *l. 1. obs. 93. n. 4.* maxime si imploratio iudicis ordinarii moram cum periculo amittendæ postea probationis inuoluit, Guid. Papa *decis. Gratianop. qu. 65.* Ex eodem fundamento etiam iudex secularis clericum delinquentem sine consensu episcopi prehendere potest, si res moram non patiatur, & præsens fugæ periculum adsit, B. Stryk. *ad Brunnem. jus eccles. l. 3. cap. 1.*

§. 12.

§. 12. (3) clericus apud nos protestantes sine contumaciæ nota iudicium seculare declinare non potest, si ad superius statim tribunal vocatur, quippe quod ipsum principem repræsentat, cui clerici tam in causis ciuilibus, quam ecclesiasticis, quatenus imperium & iudicium humanum patiuntur, virtute iuris episcopalis suspensa & in principem translata, subfunt, *Meu. p. 8. dec. 274. n. 2. Brunnem. jur. eccles. l. 3. c. 1. §. 1.* nec opus est, ut princeps, aut eius personam repræsentans supremum tribunal, illos mediate & per subsidium iudicii ecclesiastici ad testimonium dicendum vocet, dum iudices ecclesiastici docere nequeunt, sibi iurisdictionem priuatiue concessam esse, sed potius illa cumulatiue data videtur, vid. supra §. III. conf. *Zanger. de except. p. 1. c. 2. n. 160. Stryk. ad Brunnem. jus eccles. l. 1. c. 6. membr. 12. §. 6. & l. 3. c. 1. §. 11.* adeoque princeps pro lubitu iurisdictionem ipsemet exercere, nec hoc passu ulla fori exemptio a clericis adlegari potest. Cum enim ecclesiam receperit respublica, ut alumnam nutricia, non est respublica in ecclesia, sed ecclesia in republica, ut ex *Clapmar. de arcan. rerum publ. l. 3. c. 5.* loquitur *Meuius ad ius Lubecense. quæst. 3. n. 4.*

§. X. Hisce igitur, quos hactenus recensuimus, exemptis, reliqui indistincte ad testimonium perhibendum obligantur, nisi speciali priuilegio exemptos semet docere possint, aut ipso jure securi & ex speciali legis beneficio exemptionem habeant, de quibus infra *cap. IV.* pluribus agemus. Adeoque legitime a iudice citati in iudicio ipsi comparere tenentur, id quod melius, *Gail. l. 1. obs. 102. n. 4. Carpz. l. 3. resp. 87. n. 1.* cum testimoniis solis, seu scriptis testium depositionibus in iudicio productis iudicique exhibitis fides plena semper adhiberi non possit, unde in *l. 3. §. 3. ff. de test.* Diuus Hadrianus Iunio Rufino pro-Cs. Macedoniæ ita rescripsit: *quod crimina objecerit apud me Alexander Apro, & quia non probabat, nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare soleo: quem remisi ad prouinciæ præsidem, ut is de*

Reliqui indistincte comparere tenentur,

vel coram ipso iudice,

fide testium quæreret, & nisi impleffet, quod intenderat, relegaretur. Item Gabinio Maximo idem princeps rescriptit in *d. l. 3. §. 4. alia est autoritas præsentium testium, alia testimoniorum, quæ recitari solent, tecum ergo delibera, ut si retinere eos velis, des iis impendia*, iudex enim optime ex testium præsentium vacillatione, constantia, reliquisque circumstantiis colligere potest, quantum depositionibus eorum tribuendum sit, dum non satis certis regulis definiri potest, quæ cuique rei probandæ sufficiant, sed iudicem ex animi sui sententia æstimare oportet, quid aut credat, aut parum sibi probatum opinetur, prout dicitur in *cit. l. 3. §. 2. ff. de test.*

*vel coram
commissario.*

§. XI. Minime tamen exinde infertur, testes semper a iudice ordinario citari debere, nec eos contumaces audire, si a commissariis, quæ ab ordinario iudice subinde dari consueverunt, citati comparitionem denegant, delegatio enim illa licita est, quamvis concedamus, iudicem non nimis facilem esse debere in potestate hac aliis deleganda, *Carpz. l. 3. resp. 87. n. 7.* & sic delegationi nonnisi exigente necessitate locus datur, *nov. 90. c. 5. l. 15 ff. de iurej. l. 18. C. de fide instrum.* ita multitudo causarum sæpius non permittit, ut iudices ipsi negotio examinis sufficiant, unde in camera semper coram commissariis testium examen perficitur, & ibi partes commissarios nominare solent, qui deinde per sententiam interlocutoriam confirmantur, *Gail. l. 1. obs. 94. & 96. n. 1.* nisi sint suspecti, tum enim alii conceduntur cum potestate adiungendi notarium, principibus vero indistincte alium adiungere licet, ut eo sincerius omnia expediantur, *Gail. adl. l. Bernh. Græuen. in eund.* & hunc in finem in *R. J. nouiss. de A. 1654.* cautum, quod etiam praxis cameræ confirmat, ut per testes probaturus commissarios petat ad eorum examinationem, juxta §. *dahero 47. ibi: wenn dasjenige, was Kläger vorgebracht, vom Beklagten negirt worden, soll Kläger darauff in dem folgenden termin commissarios zu ernennen, und commission zu bitten schuldig seyn.* Interim quatenus
hoc

hoc laudandum, quod in camera super commissione decernenda partes prius audiri soleant, de eo vid. Meun. p. 3. d. 203. qui praxin hancce ut protelandæ litis medium forte non sine ratione reprehendit. De iure prouinciali Würtembergico itidem examinationem testium per commissarios obtinere testatur Lauterb. coll. theor. pract. tit. de test. §. 6. ut & in Italia, de cuius praxi quædam notatu digna hic adferemus. Dum enim ad probationem per testes deuentum, hinc inde a partibus dantur confidentes, h. e. ab utraque parte in schedula quadam, quæ neutri partium communicatur, nominantur commissarii non suspecti, quod si jam partes in eosdem commissarios consentiunt, res expedita est, id est, dantur illi commissarii, qui utrique parti sunt confidentes, siue in quos simul consentiunt, de quibus vid. Felin. in c. super quæstion. de offic. & potest. jud. deleg. Spec. tit. de requis. consil. §. 1. n. 3. Misiss autem hisce, quod ad praxin cameræ attinet, adhuc breuibushic adducere liceat, quod eiusmodi commissio, quæ fit ad testium examinationem, a cameralistis vulgo dicatur *commissio in communi*, quæ differt a *commissione in optima forma*, quia hæc decernitur ad recipienda & transsumenda instrumenta, umb brieffliche Urkunden auffzunehmen, sed hæc raro obtinet, quia in camera instrumenta judicialiter & in vim probationis produci debent, & hinc saltem in eo casu decernitur, quoties periculum subest in transmissione instrumentorum, v. g. si in archiuis alienis inter monumenta publica adseruantur, item si testamenta amplissimarum hereditatum, ubi originalia sine periculo transmitti non possunt, sed hæc obiter, vid. Gail. l. 1. obs. 96. Blum. proc. camer. tit. 73. n. 39.

§. XII. Controuertitur vero a DD. an etiam testes obligentur coram delegato commissarii comparere, & an hoc casu ob inobedientiam contumaciæ poenam incurrant? cardo totius controuersie est in quæstione: *an examen testium a commissario delegari possit?* negatiua verior. Delegatus enim ab ordinario regulariter subdelegare non potest,

An coram delegato commissarii? negatur.

exceptiones
recensentur.

quia propriam non habet iurisdictionem, sed mandatam & sic alieno utitur beneficio, *l. 5. l. 6. ff. de iurisd. omn. judic.* ubi expresse Julianus & Paulus ad mores maiorum prouocant, & ita antiquitus obseruatum esse adferunt, *tum de-
mum iurisdictionem mandari posse, si quis eam suo iure non
alieno beneficio habeat.* Id quod porro exinde quoque
liquet, quia ubicunque industria personæ electa, ibi per se
patet, subdelegationem locum non habere. *arg. l. 31. ff. de
solut. l. un. §. si vero talis. C. de cad. toll.* Est enim inter ho-
mines magna differentia, & ingenii, & naturæ, & doctri-
næ, & institutionis, ut in *adl. l. 31. de solut.* statuitur, quod
respectu commissariorum adplicari posse, extra dubitatio-
nis aleam positum esse existimo. Interim tamen hanc sen-
tentiam varias pati exceptiones, negare non possum. Fal-
lit enim (1) si partes in id consenserint, & semet voluntario
iurisdictioni subdelegatorum subjecerint, tunc quippe de
nullius agitur præiudicio, & testes semet conformare de-
bent voluntati producentium: (2) exceptio adest, si plures
commissarii dati sunt conjunctim & diuisim, sub formula:
si non omnes, prout hoc in camera plerumque fit, *Myns.
cent. 3. obs. 41.* & unus ita subdelegat, tunc enim testis ex ca-
pite nullitatis testimonium declinare non potest, saluatur
quippe examen, utcunque partes contradixerint, & dissi-
mulatur hæc nullitas ideo, ne utile per inutile vitietur,
valuisset enim examen etiam sine eo, qui alium subdelega-
uit. (3) Subdelegatus recte testes citare valet, si uniuer-
sitas causarum delegata, hoc enim casu commissarius ut or-
dinarius habetur, qui iuste delegat, *l. 5. l. 17. §. 1. ff. de iurisd.*
(4) quarta exceptio demum erit in commissariis camerali-
bus, utpote qui indistincte subdelegare valent, teste Gailio
l. 1. obs. 97. n. 7. ubi ejusmodi subdelegationes admissas esse
in causa Tübingen contra abbatem in Suldenbach adferit,
ex ratione, quod camera summi principis, siue imperato-
ris iudicium sit, unde delegatum ejus recte subdelegare pos-
se statuit, nisi specialiter industria personæ electa, quod ex
cir-

circumstantiis & momento causæ dijudicandum, præcipue cum delegatus principis major sit omni superiore in causa sibi commissa, *c. pastoralis §. præterea de offic. jud. ordin. c. fin. §. fin. de offic. deleg.* Sicut commissarii cameræ sint *receptores* testium, cum ceteri commissarii non sint, nisi *nudi examinatores*, inter quos, prout *gloss. in clement. 1. de offic. deleg.* distinguit, hæc est differentia, quod receptor testium subdelegare possit, cum habeat jurisdictionem in recipiendis testibus, in puniendo contumaces & inciuiles, ceteraque omnia expediendi, quæ ad examen pertinent, *l. 14. in f. C. de testib.* examinador vero subdelegare nequit, cum nullam plane jurisdictionem habeat, sed nudum saltem ministerium examinandi testes, postquam citati & juramentum præstiterunt, per text. notab. in *d. c. fin. §. 1. & §. fin. de offic. deleg.*

§. XIII. Sed hæc, quæ circa materiam de & subdelegationis hætenus monuimus, de ciuilibus saltem intelligenda, nec ad criminalia indistincte extendenda veniunt, cum ubi majus est periculum, ibi major etiam debet adesse sollicitudo, & judex, si unquam, hic sane judicii acumine omnia ponderare debet, cum alias conscientia eius maximopere grauaretur, causa enim circa vitam, aut aliud damnum irreparabile versatur. Totum ibi momentum in debita & legitima examinatione testium consistit, ex testium enim dictis desumitur probatio, & probatione postea sententia fertur, unde non male a Zieriz. *ad C. C. C. art. 72.* examinatio dicitur anima processus, & admodum periti esse debent, qui testes debito modo examinant. Tunc enim quid testium probet

*auditus, visus, persona, scientia, causa,
fama, locus, tempus ac certum, credulitasque,
dum testes recipit, judex hæc cuncta notabit.*

De jure ciuili plane non permittitur, ut hoc casu examen testium delegetur, sed testes ab ipso iudice examinari debere juberetur, vid. notabilis *auth. apud eloquentiss. C. de fid. instrum.*

In causa criminali non facile delegatio a iudice facienda.

De jure ciuili delegatio plane illicita.

strum. jung. l. 3. ff. de testib. nou. 90. c. 5. in f. id quod etiam fatetur imp. in constit. crim. art. 72. ubi: wiewohl dann auch sonst nach gemeinen Rechten in peinlichen Sachen ausserhalb derselben Gerichts-Personen nicht Rundschafts-Berhörer und commissarien gegeben werden sollen. Ipse quippe iudex melius ac securius ex sermone & vultu, qui, teste Cic. l. 3. de orat. imago animi est, deprehendere potest, quid quantumue testibus eorumque depositionibus credendum, unde etiam in C. C. C. artic. 71. idem ab imperatore præcipitur, verbis: so soll der Richter, usque ad fin. vid. Dn. Præses in eand. Adeoque testes, si jus ciuile inspiciamus, in criminalibus in casu factæ delegationis sine contumaciæ nota testimonii dictionem recusare possunt, vid. Farinac. tit. 8. quæst. 77. cap. 2. ubi plusquam 600. DD. citat autoritates.

De praxi interdum permittitur.

§. XIV. Et hæc de jure ciuili; de praxi vero & jure Germaniæ variæ adferuntur limitationes, quæ potestatem delegandi judici ordinario etiam in criminalibus interdum concedunt, quarum non est postrema, quam imp. *adl. art. 72. const. crim.* recenset: Diessell aber an verständigen Rundschafts-Berhörern viel gelegen ist, damit aus Unverstand dieser Rundschafts-Berhörer keine Verführung geschehe, so ordnen und wollen Wir, wenn ein peinlich Gericht, wie dann im Reich an vielen Orthen befunden, mit solchen obbemeldeten dazu verständigen Personen nicht besetzt wäre, daß dißfalls die obgedachten verzeichneten Weisungs-articul durch den Richter und Schöppen, der vor gemeldeten nächsten Obrigkeit zugeschickt, und darbey Gelegenheit und Gestalt der Sachen, so viel sie der Bericht empfangen, angezeigt werde, darauff dann dieselbe Obrigkeit verständige Rundschafts-Berhörer, ungeachtet ob sie nicht des Gerichts wären, auff Ansuchung des, der Rundschaft führen will, verordnen, &c. Equidem hicce justitiæ defectus hodie in Germania per Dei gratiam in melius mutatus est & hinc prædictam imperatoris constitutionem non amplius praticari confido; interim tamen dantur adhuc alii casus, ubi delegationem commissariorum ad examinandos testes decer-

cerni posse, nemo facile dubitabit. Quo pertinet (1) si causa criminalis leuioris momenti sit, ut agitur de pœna pecuniaria exiguæ quantitatis, ibi enim periculum adeo graue non occurrit, Farinac. *qu. 78. c. 2. n. 91.* (2) si testes sub alterius sunt iurisdictione, tunc etiam in causis criminalibus examen alteri committi posse fundatum in *l. 18. pr. C. de fid. instrum.* Bald. *in auth. apud eloq. C. eod. n. 1. & 2.* (3) si testes in magna dignitate constituti, idem obtinet, vid. Jac. de Arena *in auth. apud eloq. C. d. fid. instrum.* per textum *auth. sed iudex. C. d. episc. & cler.* (4) in defensionibus rei, si reus, v. g. probare vult, quod tempore commissi delicti in eo loco non fuerit, vid. Farinac. *qu. 77. c. 2. n. 101.* Plures limitationes hic adducere supersedeo, videri tamen possunt eæ apud Farinac. *loc. adl. & DD.* qui ibidem magna serie recensentur. Imo hodie unanimiter DD. concludunt, generali Germaniæ consuetudine receptum esse, ut iudex, si velit, examen testium aliis committere possit, propter utilitatem publicam, ne delicta impunita maneant, Gail. *l. 1. de pac. publ. c. 9. n. 9. seq.* Hunn. *in encyclop. jur. p. 2. tit. 19. cap. 5. n. 6.* adeo, ut testes non sine contumaciæ nota ejusmodi commissarios & delegatos iudices recusare possint. De praxi cameræ conf. Myns. *cent. 3. obs. 40.* Gail. *l. 1. obs. 96.* Fabric. *in eund. add. Græu. conclus. pr. concl. 96. consid. 1.* ubi ita receptum esse propter supra §. XII. adductas rationes testantur, idque etiam in grauisimis criminibus, dum ex. g. in crimine fractæ publicæ id ita practicum testatur Mynsing. *adl. 1.* Non tamen inficiamur, perperam id fieri omnino, quapropter concludimus, si de obseruantia non constet, juri ciuili melius inhæreri, præprimis cum consuetudo & obseruantia tantum habeat de potentia, quantum probetur de usu. Bald. *in l. ult. n. 9. C. commun. utr. jud. conf.* Dn. Præs. *Einl. zum civil-Proc. c. 15. §. 28. & 29.* Demum ut testes se sistant coram ipso iudice in causis præsertim altioris momenti, eo magis necessarium facit confrontatio cum inquisito facienda, vid. Mart. *ad O. P. S. t. 28. §. 1. n. 21.*

CAP. III.

DE

CONTUMACIA TESTIUM
RESPECTU

citationis, insinuationis, comparitionis & ipsius de-
mum examinis.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Transitio ad hoc caput, §. I. citatio testium necessaria, §. II. ut & cita-
tionis insinuatio, quæ ex adserto nuncii probatur, §. III. quid si nuncius
refert, testem citatum dixisse se nolle venire, an statim contumaciæ poena lo-
cum habet? negatur, §. IV. inde testis, antequam prima vice citatus contu-
max audit, prius audiendus, §. V. quid si commissoriale citationis testium a
commissariis non adjectum, an comparere nihilominus teneantur §. VI. an-
tequam testis comparere tenetur, sumtus ipsi erogandi veniunt, §. VII. de sum-
tuum aestimatione, §. II. X. an testis sub pretextu lucri domestici testimo-
nium declinare possit? §. IX. tandem sequitur comparitio, §. X. ubi a iudice
adrendi debet (1) tempus, §. XI. (2) persona testis citati, §. XII. juramenti
præstatio, ubi variæ intuitu testium occurrunt controuersiæ, §. XIII. jura-
menti demonstratur necessitas, §. XIV. formula jurandi adducitur, juramen-
tum remitti non potest, §. XV. unde nec clerici exempti, §. XVI. an clerici sub
formula: bey ihrem priesterlichen Gewissen admittendi? §. XVII. quid sen-
tiendum de formula: an Eydes-Stat? §. XVIII. quid si quis juramentum
peccatum esse existimat? §. XIX. quid sentiendum de formula: bey Fürstl.
Gräfl. Adelichen Ehre und Treue? hæc non admittenda, §. XX. nisi con-
trarium receptum, §. XXI. testis porro contumax audit, si in scriptis, non
vero viua voce testari vult, §. XXII. quid vero, si testes se secreta reuelare
nolle jurarunt? resp. nihilominus obligantur, §. XXIII. in instantia adpel-
lationis, quæ hætenus dicta itidem obtinent, §. XXIV. subnectitur tandem
quæstio de testimonio iudicis, an illud juramento confirmandum, §. XXV.

§. I.

Transitio.

Postquam itaque in præcedenti capite, quid circa ju-
dicem considerandum & quatenus testes contuma-
ciæ poena eo casu, quando ad iudicem referuntur,
incurrant, recensuimus: sequitur, ut secundum ordi-
nem judicarium, quid circa citationem, insinuationem,
comparitionem & ipsum denique examen occurrat, & quo-
mo-

modo ibi refractarii contumaces audiant, explicemus. Et quidem primo de citatione.

§. II. De hac sequentem ex communi DD. sententia regulam præmittimus: testis ad testimonium dicendum legitime est citandus, quod si vero non citatus deponit, non valet ejus dispositio, per text. in *l. si quando. C. de test. & c. in nomine Domini. X. eod.* & exinde inferimus, testem contumaciæ pœnam non incurrere, nisi de legitima a iudice competente facta citatione constet. Est enim citatio principium & fundamentum totius iudicii, §. f. *J. de pœn. tem. litig. c. quoniam. II. X. d. probat.* qua deficiente totus actus redditur nullus, *clerm. pastoralis de re jud. l. de unoquoque ff. eod. l. nam ita Diuus ff. de adopt. add. Gail. l. 1. obs. 48. n. 1.* Hinc in quolibet actu citatio requiritur, etiam in notoriis & coram ipso imperatore, Philipp. Port. *commun. opin. l. 1. concl. 43.* ubi illam regulam, quod omnis actus iudiciarius citationem requirat, latissime demonstrat. Debet autem esse legitima, i. e. omnia citationis requisita continere, ne actus reddatur frustratorius, alias enim in contumaciam procedere nequit. Adeoque fieri debet ab ipso iudice, licet enim jure civili etiam a parte factæ citationes permiffæ, *l. 12. C. de test.* hodierno jure tamen, ubi priuata in ius vocatio obsoleuit, merito fit citatio a iudice, qui (1) nomen suum præmittit, ubi etiam nomen officii, v. g. *die Berg. Gerichte zu N.* sufficit, (2) nomen citandi, (3) nomen citationem impetrantis, siue probaturus sit, siue reprobaturus, (4) continere debet citatio causam & actum, ad quem quis citatur, ut sc. veniat atque ad articulos, vel interrogatoria exhibita in hac, vel illa causa, mediante iuramento deponat, denique (5) terminus adiiciendus, qui citationi nominatim inferendus, ille videlicet, ad quem partes ad producendum ex parte producentis, & ad videndum iurare testes ex parte aduersarii, citati, vid. Dn. Promotor. *Einleit. zum Civil Proc. c. 10. Gail. l. 1. obs. 48. usque 53. Brunnem. proc. ciu. cap. 3.* Hisce ergo neglectis, cum totum negotium a citatione dependeat,

Citatio testis est necessaria.

deat, prout dictum, contumaciæ poena nunquam infligi potest. Ideoque in praxi diligenter ab aduocatis animaduerti solet, an citatio vitio quodam laboret, ut citatum ad comparandum non obliget, inualida quippe citatio nullum producit effectum, nec aliquem in mora constituit, adeo, ut si tali citatione præcedente nihilominus procedatur, sententia, siue proclama nullius sit momenti, *gloss. in c. de causis verb. venire de offic. deleg. Matth. ab Afflictis decis. 369. n. 16.* paria enim sunt, non fieri, & non legitime fieri, *l. 6. ff. qui satisd. cog. l. 1. §. 6. ff. quid cui. uniu. nom. & ibi gl. in verb. inhabitis.*

Ut & citatio-
nis insinua-
tio.

§. III. Quia vero citatio, etsi nullo vitio laboret nullus est effectus, nisi ad notitiam citati peruenerit, inde luce meridiana clarius patet, insinuationem citationis itidem, & quidem legitimam, necessariam esse, dum alias ad contumaciæ poenam iudex progredi nequit, nisi demonstretur, quod citatio more consueto facta sit, Dn. Præs. *Einl. zum Civil-Proc. cap. XI. §. 10.* quomodo autem insinuatio fieri debeat de iure communi, de eo vid. *l. 2. C. quom. & quand. iud. l. 13. §. 21. ff. de excus. iur. l. 1. §. 1. ff. de agn. lib.* de praxi moderna modus insinuandi certis regulis circumscribi nequit, sed a consuetudine & obseruantia cuiuscunque iudicii dependet. In camera fieri solet per nuncium cameræ, durch den geschwornen Cammer-Gerichts-Bothen, idque ordinarie, quia vero ex nimia locorum distantia praxis illa ad effectum sæpius deduci nequit, per Notarium in camera immatriculatum, aut si nec hoc fieri potest, per alium quemlibet Notarium, Dn. Præs. *Einl. zum Civil-Proc. cap. X. §. 18.* In aliis iudiciis aliter, scilicet vel per nuncium iudicii, Canzleyn, Diener, Gerichts-Frohnen, &c. qui deinceps sub schedula citationis testatur, se huic, vel illi, citationem insinuasse, vel per Notarium, aut alterum quendam, sine sexus distinctione, Dn. Præs. *Einl. adl. l. §. 19. & 20.* In Saxonia itidem fit per nuncium, qui postea per documentum insinuationis, siue recepisse, prout de praxi adpellari consuevit, & quod ab ipso

ipso citato confici debet, illud testatur. Hacce igitur (quocunque modo fiat) deficiente insinuatione, contumacia emanentis cum effectu accusari nequit, Dn. Boenigk. *pract. pract. cap. 7. in notab. n. 6.* inde in casu accusatae, sed non satis probatae contumaciae desuper ferri solet sententia interlocutoria, probationem insinuationis iniungens, D. Boenigk. *adl. l. n. 7.* qua demum plene probata ad poenam contumaciae a iudice procedi potest.

§. IV. Dum autem veritas insinuationis ex adserto nuncii demonstratur, quaestio exinde oritur, si nuncius refert, se citasse quidem, citatum vero testem respondisse, se nolle venire, nec comparere, illum lacerasse schedulam citationis, aut aliud quid commisisse, quod in prauiudicium aut despectum iudicii vergere possit, an hoc casu fides nuncio habenda, & an statim ad poenam contumaciae procedi possit? in qua quaestione variant DD. sententiae. Sunt, qui adfirmatiuam tuentur, sunt etiam, qui negatiuam defendunt. Qui nuncio credendum esse adfirmant, hac ratione utuntur, quia antecedente concessio consequens quoque concessum videtur, arg. *cap. praeterea de offic. de legat. & l. 2. ff. iuris d. omn. iud.* commissio igitur citationis officio (utpote antecedente) cuius ratione nuncio creditur, videtur etiam concessum illud, quod venit in consequentiam citationis, sc. attestatum de responsione citati, Bartol. *in l. tres denunc. 9. C. quom. & quand. iud.* Et in hac sententia haerent Franc. Panorm. & DD. *in capit. cum parati coll. 6. vers. ultimo quaerit.* Boer. *dec. 277,* Tiraq. *de retr. lig. §. 6 & 8. n. 17.* & alii. Hisce vero non obstantibus contrariam sententiam defendunt Bald. *de appell. n. 4.* Iason. *in l. 13. §. 8. ff. de iudic.* Bertrand. *consil. 164. vol. 3.* hac nixi ratione, quia extra iudicium facta confessio, siue responsio de non comparendo, veram non arguit contumaciam, prout in terminis habet *gl. in c. venerabilem. secus de sentent. excommun. in 6.* Et hanc sententiam saniozem existimo, quam & magis communem adferit Gabr. Rom. *l. 2. ad rubr. ne citation. concl. 4. n.*

Quid si nuncius refert, testem citatum dixisse, se nolle venire, an statim ad poenam contumaciae procedi possit?

3. *in f.* Nec mouet ratio a dissentientibus in contrarium adducta, illa quippe tum demum procedit, si consequentis & antecedentis par ratio, secus autem si consequens est maius, tunc enim non videtur concessum illi, cui permissum saltem est antecedens, quod minus, ut notabiliter dicit Bartol. *in l. 2. ff. d. iurisd. omn. iud.* præcipue quia res magni momenti est, dum per eiusmodi inobedientiam principis autoritas læditur, quæ in contumacia adeo præfracta vindictam atrociorē meretur, quæ tamen simul in maximum citati præiudicium vergeret, si soli nuncio crederetur, vid. *cod. Fabrian. lib. 4. tit. 15. def. 28.* ubi ita etiam praxi Sabaudia obtinere adseritur, quamuis in Gallia & Delphinatu contrarium statutum sit. Concludimus iam ex mitiori sententia, iudicem testem ipsum desuper audire, & antequam contumaciæ pœnam dicet, inquirere debere, annon testis fonticam, quare ad testimonium dicendum comparere non voluerit, causam, vulgo *Ehehafften*, habuerit, conf. Dn. Præf. *Einl. adl. l. cap. X. §. ult.* Eadem decisio est, si adparitor, siue nuncius adserit, se a teste citato verberatum, aut alia iniuria adfectum fuisse, *es habe sich der citirte Zeuge an ihm vergriffen, oder unbescheidener Reden gebraucht und verlauten lassen.* vid. Guid. Papa *dec. 628.* Paul. de Castro *vol. consil. 165. n. 3.*

*Inde testis
antequam ob
primam ci-
tationem
contumax
audit, prius
audiendus.*

§. V. Ex eodem principio, quod iudex, in quantum fieri potest, mitiorem semper viam eligere debeat, porro fuit decisio quæstionis: *an iudex statim, si testis ad primam citationem non comparet, ei pœnam dicere possit?* quam negative decidendam censemus & testis prius audiendus, an rationes adlegare possit, quæ fonticæ sint & ipsum a pœna liberare queant, cum quilibet præsumtionem bonitatis pro se habeat, donec contrarium demonstretur. Si vero eiusmodi rationes adlegare nequit, tunc, cum in incrementum iustitiæ vergat, quascunque litium præcidere ambages, contumacibus prima statim vice pœna merito dicatur. Id quod etiam a Carolo M. *l. 3. capit. 45.* æquum iudicatum fuit,

fuit, dum sub titulo *de manitione secundum legem ad mallum* ita constituit: *si quis ad mallum (iudicium) legibus manitus (i. e. citatus) fuerit, & non venerit, si eum sunnis, saumnis, (legitimum impedimentum, ehehafften,) non detinuerit, 15. solidiis culpabilis dijudicatur*, vid. Meinders *de iudic. centen. cap. 4. §. 57.* Quamvis enim sint, qui commissarium moneant, ne primæ statim citationi poenam inferat, nisi terminus probationis valde brevis, constitutionem tamen ob modo dictam rationem utilissimam censemus, ut quo lites abbrevientur, primæ citationi poena statim adiiciatur, prout etiam optime sancitum *in ord. Pomer. tit. 55. §. 5.* geben Wir ihnen hiermit Macht, daß sie allezeit das Gegentheil und die Zeugen nach größe der Sachen bey Poen 10, 20, 30. fl. für sich bescheiden, und da sie ungehorsamlich aussenblieben, sie zum andern mahl bey zwiefacher Straffe citiren und Uns ihren Ungehorsam vermelden, daß Wir durch Unsern Fiscal die bedraute und verwirckete Strafe von ihnen einzufordern haben. Brunnem. *proc. civ. cap. 20. n. 43.* Respectu ipsius partis tamen poenali citatione opus esse non puto, cum satis poenæ sit, quod parte emanente testes in contumaciam examinentur, *auth. sed si quis ab aliq. C. d. test.* Brunnem. *proc. civ. c. 20. n. 45.* Ceterum, quod materiam de poena testium contumaciam adtinet, ordinationes processuales cuiuscunque prouinciæ probe attendi debent, cum alicubi, quod secunda vice emanentes in poenam demum incidant, expresse constitutum reperiat, prout hoc in *ord. proc. Magd. cap. 30. §. 15.* cautum: sollen Cansler und Rätthe, oder deren commissarius, &c. hiermit befehliche seyn, 2c. die Zeugen erstlich ohne *commination*, wann sie sich darauf aber nicht stellen, zum andern mahl bey 10, 20, 30, Gulden für sich bescheiden, id quod etiam in electoratu Brunswicensi ita obtinere pater, conf. Churfl. Braunschw. Ober *adpellat. Ordn. tit. 8. §. 30.* ubi modus compellendi testem contumacem præscribitur, verb. sollen die commissarii ihn zum andern mahl bey 10 Goldgl. oder nach Beschaffenheit der Personen bey 10. Rthl. Straffe citiren, 2c. Ubicunque vero

istiusmodi limitata constitutio non occurrit, iudex primæ statim citationi pœnam iuste adiicere potest, prout supra dictum.

Si commissoriale citationi testium non adiectum an comparere nihilominus teneantur?

§. VI. Cum autem contumaciæ illa sit natura, ut homines quocunque modo obedientiam sub specioso nullitatis titulo declinare intendant, Oldenb. *tr. d. test. n. 7.* hinc testes etiam ex hoc capite se excusare solent, quod a commissariis citati quidem fuerint, hi tamen originale commissorialis citationi non adiecerint. Putant ergo, se ad comparendum non fuisse obligatos, quod non præsumatur pro iurisdictione delegata, cum sit facti, & hinc probatione indigeat. Sed calua est huiusmodi excusatio, & verior manet eorum sententia, qui statuunt, sufficere tenorem commissorialis citationi insertum esse, per text. in *c. 2. de dilat. & ibi DD. item DD. in l. 2. ff. si quis in ius voc. non iuer.* satis enim est, ut testis, postquam comparuit, licentiam habeat urgendi ipsius originalibus exhibitionem, ut sic plena fides ipsi fiat de iurisdictione delegati, priusquam respondeat, & hoc est, quod Archidiaconus scribit in *c. si episcop. 3. q. 2. transmissionem copię sufficere ad comparendum, non vero ad respondendum*, conf. Ant. Faber in *cod. l. 4. t. 14. d. 7. n. 6.* Ita enim in camera obtinere & pronunciatum esse in causa Sabinen Welfer in contra Leonhard Hirschvogel, testatur Mynsing. *cent. 3. obs. 1.* Non tamen eorum sententiam probare possum, qui statuunt, quod delegatus ne quidem inferere citationi testium tenorem delegationis teneatur, & quod sufficiat, in citatione adferere, se delegatum esse, & post comparitionem demum ostendere rescriptum commissoriale, veluti existimat Felin. in *c. 1. de libell. obl.* ubi & hanc sententiam communem dicit, quem sequuntur Ruland. *d. commissar. p. 2. c. 2. n. 6.* item Brunnem. *proc. civ. cap. 20. n. 44.* Non enim præsumitur pro iurisdictione delegata ex ratione supra adducta, quia illa facti est, quæ nostra opinio tutior quoque omnem aufert cauillandi materiam. Interim dicta limitationem patiuntur, si testis eo loci commoratur, ubi delegatus, vel in propinquo.

quo, tunc enim Felini & ceterorum dissentientium sententia obtinere potest. Ceterum & hic praxis fori inspicienda, nam in quibusdam locis obtinet, ut testes etiam sine adiectione copiae commissorialis simpliciter citentur, facta saltem commissionis mentione, prout hoc in Marchia ita obtinere patet ex formula, quam tradit B. Strykius in *adlitam. ad pr. for. cap. 18. §. 3.* Hoc tamen ubique ita in praxi non obtinere testatur Beier *Volckmann. emend. p. 1. cap. 66. n. 9.*

§. VII. Videamus nunc, quid respectu sumtuum, qui *Antequam testibus* erogari solent, notandum. Extra omnem vero *stis comparere* controuersiam aleam positum est, quod iudex curare debeat, *re tenetur,* quo testibus, si ex locis remotioribus euocantur, sumtus a *sumtus ipsi* producente suppeditentur, uti hoc euidenter patet ex *erogandi veniunt.* *l. 11. niunt.* *l. 16. C. & l. 3. l. 4. ff. de testib. l. 1. §. f. de adpellat.* nemini enim officium, quod iustitiae utilitati publicae praestat, damnosum esse debet, *l. 7. ff. quemadm. testam. aper.* nemo etiam iacturam pro alieno commodo sentire debet, *l. 17. C. de test. nec propriis sumtibus militare cogitur, c. cum ex officio. 16. d. praescript. & c. iam nunc. 28. q. 1.* Erogatio itaque sumtuum fieri debet a producente, tam ab actore, qui articulos probatoriales, quam a reo, qui reprobatoriales offert & testium examen desiderat, expensas actus enim is soluere tenetur, qui actum fieri vult, *arg. l. praetor ait. 4. §. 1. ff. de edend. l. 11. §. 1. ff. ad exhib.* Antequam igitur de illis sumtibus testis certior redditus, comparere non tenetur, *c. statutum §. proferend. de rescript. in 6.* nec per consequens contumax audire potest, si emanet.

§. IIX. Quomodo vero hi sumtus aestimandi sint, una *De sumtuum aestimatione.* regula, ut explicemus, non sufficit, quia deficiente expressa constitutione omne negotium arbitrio iudicis subest. Interim tamen haec generaliter praemittere possumus instar regulae: si testes peregre euocantur, ipsis viaticum necessarium nulla habita ratione, vel deductione sumtuum, quos alias domi fecissent, plane soluendum. Dum enim testis in eo grauat, quod inuitus domum egredi, negotia domestica

stica negligere, & testimonium ferre cogatur, merito in alio releuari debet, quod sumtus sine detractioe consequatur, Græu. *concl. pr. 99. conf. 1.* nisi expresse contrarium per statuta, aut ordinationes & consuetudines prouinciales receptum, veluti in *ord. pr. Magd. cap. 33. §. 2.* dochseynd die Unkosten und Zehrung, so der Zeuge dieselbe Zeit in seiner Behausung, nder Handlung oder anderer gestalt ohnedem aufwenden und haben muß, hievon abzuführen. Deficiente vero eiusmodi constitutione merito inhæremus priori sententiæ nullam detractioem concedentes, ex supra dicta ratione, quæ fundata est in *d. cap. statutum. §. proferendo de rescript. in 6.* ubi glossa notabilis in verb. *expensas* dicens, producentem sumtus & expensas abitionis, inoræ, stationis & reditus apud iudicem deponere debere, Gail. *l. c. conf. 99. n. 2.* id quod, antequam testis contumaciæ argui potest, attendendum, & pro cautela in praxi diligenter notandum, testis enim opus non habet, ut domo exeat, & ad locum examinationis proficiscatur, antequam sumtus depositi, prout hoc late probant Surdus *de aliment. tit. 4. l. 17. n. 31.* Zieriz. *ad const. Carol. art. 75.* Græu. *concl. pr. 99. n. 5.* Quantitatem sumtuum quod attinet, iam supra diximus, multum hic tribui arbitrio iudicis, interim tamen & hoc generale notandum, quod ad testimonium qualitatem hic a iudice respici debeat, quia hoc respectu magna intuitu sumtuum differentia reperitur. Nobilibus enim ceterisque personis egregiis equi, vecturæ & famulorum sumtus suppeditandi, Surd. *adl. tr. tit. 4. c. 21. n. 7. & 10.* famulum enim tenetur alere, quicumque alimenta præstare obstrictus domino famulo digno, Surd. *c. 18. n. 10.* ubi illud in specie ad DD. extendit. Aliud in personis vilioris conditionis obtinet, si enim huius farinae testis bene valens, qui pedester ire poterat, sumtus fecit in equum & vecturam, ipse soluere, atque ita suæ conditionis excessum in faciendis sumtibus ferre debet, Rutg. Ruland. *de commiss. p. 1. l. 3 c. 13. n. 10.* Optandum interim esset, ut in singulis iudiciis certus modus sumtuum erogandorum præscriberetur & sic con-

controversiæ, quæ ex hoc capite sæpe oriuntur, amputarentur. Hunc scopum intendit imp. Carol. V. & modo dicto defectui medelam adferre voluit in criminalibus, v. *const. crim. art. 75.* ubi etiam ad statum personarum, quæ in testimonium evocantur, respicit, verb. Wer in peinlichen Sachen Rundschaft führet, der soll einem jeglichen Zeugen von gemeinen Leuten und Fußgänger für seine Kosten einen jeden Tag, dieweil er in solcher Zeugschaft ist, 8 Creuzer, oder so viel werths (quod efficit 4 grossos Misnicos, cruciger quippe, ein Creuzer, teste Alemann. *in palæstr. consult. 8. p. m. 5776.* obulos Misnicos efficit, Renner. Budelius *de mon. & re numm. p. 781.*) nach eines ieden Landes Münz Gelegenheit geben. Aber mit andern und mehrern Persohnen soll es verhalten nach Erkänntniß der Rundschaft-verhörer gehalten werden. Sed & hæc constitutio iudicum subest arbitrio, nec hodiernum stricte eidem inhærere necesse est, quia tempora mutata & pretia rerum fere ad duplum creverunt, Clasen. *ad d. art. n. 2. in ord. pr. Magd. renou. cap. 33.* a fereniss. LL. quam optime singula determinata videmus, cuius verba hic inferere liber: Damit zwischen dem Zeugen-führer und denen Zeugen der Unkosten halber alle Irrungen vermieden bleiben, setzen und ordnen Wir hiermit, daß, wenn der Zeuge einer von Adel, oder sonst eine Persohn von condition, daß er seines Standes halber, Kutschen, Pferde und Diener unumgänglich halten muß, soll ihm der Zeugen-führer täglich 3 Rthlr. dem Zeugen aber, so dergleichen nicht bedarff, und doch conditionis honorationis ist, 30 ggl. dem aber, so geringes und gemeines Standes ist, täglich 12 ggl. zureichen verbunden seyn. Wir behalten aber Uns und Unserer Regierung bevor, bey denen Persohnen, so von condition sind, nach Beschaffenheit der Umstände, und wann sie zumahl von geringen Persohnen zu Zeugen angegeben werden, die Verfügung zu thun, daß sie mit Reisen verschonet bleiben, und in denen Häusern abgehöret werden sollen.

§. IX. Alia adhuc quæstio occurrit: an videlicet testis *Testis an sub comparitionem impune denegare possit, si producens mer-* *prætextu de-*

*negati lucri
domestici te-
stimonium
declinare
possit?*

cedem, quam domi adquirere poterat, præbere recusat? Cacheraus *decis. Pedemont. dec. 46.* quæstionem hanc affirmative simpliciter decidit, & senatum Pedemontanum ita judicasse testatur, nos vero sub distinctione respondendum esse censemus. Etsi enim temporis & emolumentorum, quibus quis ob absentiam carere debet, ratio plane non sit habenda, prout in terminis iudicatum in camera, testatur Rulant. *de comm. p. 1. l. 3. c. 13. n. 13.* secundum Bald. *in l. fin. C. d. fruct. & lit. expens. n. 12.* dum testimonium, quod in veritatis & iustitiæ emolumentum fertur, gratuitum esse debet, nec lucrum exinde quærendum, *c. non sane. 14 q. 5.* Guid. Papa *dec. 68. n. 5.* id tamen de illis saltem testibus, qui lucrum captant, intelligendum, minime vero de mercenariis, qui de damno vitando certant, dum ex labore manuum suarum se, uxorem, & liberos sustentant. Hic ergo æquitati conveniens esse puto, ut operarum & diurnæ mercedis ratio habeatur, ne ex officio suo damnum inique patiantur, Brunnem. *ad l. 11. ff. d. test.* Steph. Gratian. *discept. forens. l. 1. c. 57. n. 6.* Guid. Papa *ad l. 1. n. 6.* ubi ita etiam in curia Delphinali obtinere dicit, quia hujusmodi operæ diurnæ quasi in fructu sunt, adeoque merito attendendæ, *in hominis enim usufructu operæ sunt & ob operas mercedes*, prout dicitur in *l. 3. ff. de oper. serv.* Sequitur inde, mercenarium non obligari ad testandum, nec per consequens contumacem audire, nisi ipsi merces diurna præter reliquos sumtus subministretur.

Tandem sequitur comparitio.

§. X. Acceptis sumtibus & dicto casu etiam mercedibus, testes tandem comparere in iudicio, ibique mediante responsione ad articulos, veritati, quatenus notitiam causæ litigiosæ habent, litare tenentur, *l. 4. ff. quemadm. testam. aper.* idque in præfixo a iudice citante termino productionis. Si enim testis in iudicio quidem comparet, sed tacet, nec testimonium perhibere vult, *l. 11. §. 4. ff. de interr. in jur. fac. glos. in auth. qui semel (quom. & quond. jud. verb. locum habet.)* Rauchb. *p. 1. q. 1. n. 7.* illius non minor est contumacia, quam

quam ejus, qui citatus plane non comparet, paria enim sunt, non venire, & non sufficienter venire, *gl. in cap. si quis justo* 46. §. *si autem nullus verb. admitti. d. elect. in 6.* adeoque ejusmodi contumacia haud minori pœna coerceri solet, Carpz. *p. 1. c. 10. d. 16. conf. Exc. Dn. Böhm. diff. de contumac. non resp. cap. 1. §. 26.*

§. XI. Intuitu comparitionis autem judex probe examinet tempus & conditionem testis citati. Quoad prius *Ubi a judice attendi debet* obseruandum, ne comparitio injungatur ad diem feriatum, ⁽¹⁾ *tempus.* alias sine contumaciæ nota testis juste emanere potest, *per l. 2. in f. ff. si quis in jus voc. l. 1. §. 1. ff. de fer. & dilat.* unde ne quidem citatio die dominica insinuari potest, *l. ult. C. d. fer.* quidquid etiam de praxi contraria statuant Gail. *l. 1. obs. 53. n. 5. Græu. concl. pr. l. 1. concl. 53. conf. 1.* Concedamus enim, nuncios cameræ imperialis ipso paschatos festo citationes & processus partibus insinuasse, prout id testatur Meier *coll. argent. ad tit. d. fer. §. 21.* praxin ejusmodi tamen cum Vultejo *de jud. l. 2. c. 7. n. 340.* merito improbamus, & non inquiremus, quid Romæ fiat, sed quid fieri debeat, quid? quod inhærendum est juri communi, nisi necessitas suadeat contrarium, & summum in mora adsit periculum, tunc enim exceptionem adesse facile concedimus, v. Gail. *d. obs. 53. n. 16.* sed hæc dijudicatio arbitrio judicis & ejus prudentiæ relinquenda. Multominus autem adsentire possum Groenw. *de LL. abr. ad l. f. de fer.* qui adhuc magis liberalis & ob dictum Davidis *psalm. 106. beati, qui faciunt justitiam omni tempore,* statuit, quod & die dominica testes examinare, & de jurgiorum causis, si ita fert occasio, cognoscere judicibus religioni esse non debeat. Subjicit adhuc aliam rationem, quia scil. judices pagani ibidem die dominica pro tribunali sedere consueverant, quas rationes satis ridiculas examinare hic supersedemus, praxin illam nude rejicientes. Non enim video, quale hic in mora periculum, & quomodo justitia deliquium sentiret, si sequenti die examen instituatur. Exceptio tamen est, si testis morti vicinus, sic enim necessitas,

quæ regulam non patitur, examen justum reddit, licet die dominica factum, Umm. *de proc. d. 7. n. 101.* Cum vero ex jure canonico in foris nostris receptum, quod citatus, si comparitio incidat in diem feriatum, sequenti die nihilominus comparere teneatur, & hinc in judiciis alicubi clausula usitata sit, und ob derselbe kein Gerichts-Tag seyn würde, den nächsten Gerichts-Tag darauf zu erscheinen, quæritur: quomodo hæc clausula intelligenda? ubi cum B. Dn. Strykio *in us. mod. ff. ad tit. de fer. §. 9.* respondendum puto, praxin illam tum demum effectum sortiri, si citatio non expresse ad diem feriatum facta, sed terminus certorum dierum a tempore infinitionis computandorum eidem insertus, veluti hoc in citationibus cameræ plerumque fit, alias enim citatio pro nulla haberetur, Meu. *p. 1. dec. 276.*

(2) *persona
testis citati.*

§. XII. Hæc de tempore. Porro etiam judex, qui contumaciæ arguere vult testem, probe attendat personam & conditionem citati, idque præcipue intuitu religionis, tam ipsorum christianorum & trium in pace Westphalica receptarum religionum, (quæ multos ab invicem separatos dies feriatos celebrant,) quam etiam judæorum, cum illis, quorum religio & cultus divinus in provincia quadam toleratur, etiam jura religioni connexa concessa sint. Unde patet, quod si judæus testis ad perhibendum testimonium die sabbathi citatur, pro contumace haberi nequeat, si non comparet, id quod ipsis etiam expresse ab imperatore in *l. die sabbathi. 13. C. de judæis.* concessum, ubi imp. Honorius & Theodosius ita rescribunt: *die sabbathi ac reliquis, sub tempore, quo judæi cultus sui reverentiam servant, neminem aut facere aliquid, aut ulla ex parte conveniri debere præcipimus, &c.* Quamvis vero negare haud possumus, praxin & hic non adeo stricte *ad l. 1.* inhærere, cum nec ipsi judæi judicia christianorum adeo declinare soleant, (contra expressa verba siue sensum potius dicti rescripti, ubi reciproce & illis licentia adimitur, christianos orthodoxos eo die convenire,) præsertim cum sint actores, ex opi-
nio-

nione, quod verbis sabbathi non violent religionem, modo opera manuarum defint, sicut videri possit, ex jure talionis ipsos itidem cogi posse, ut in judicio judice exigente tanquam testes compareant; hisce tamen non obstantibus nihilominus adserendum puto, illos die sabbathi invitos in judicium trahendos haud esse, ex ratione, quam pie subjicit B. Dn. Stryk. *us. mod. ff. tit. de fer. §. 11.* quod nemo christianorum illa die judæis denegare possit illam quietem, quam summus rerum conditor ipsorum quieti destinavit, conf. *græc. constit. in l. 2. C. de jud.* sed juste itidem & legaliter reciproce observet judex, ut & judæum die sabbathi christianum convenire volentem a judicii limine repellat, ut & judæi discant, se, quod in illorum commodum sancitum, in detrimentum & præjudicium alterius trahere non posse.

§. XIII. Hisce ita observatis, testis rite citatus coram judice comparet, & ad juramentum testium adstringitur, quod fœcundam in foris litium præbet materiam, & si unquam, hic sane intuitu contumaciæ diversæ occurrunt quæstiones, cum alii ex personæ qualitate, alii ex specioso & intempestivo religionis prætextu juramentum & inde testimonium declinare studeant, de quibus in genere regulam illam Grotii ad *Matth. 13. v. 48.* præmittimus: *scelera manent scelera, quocunque demum nomine commendantur, imo eo sunt execrabiliora, quo magis speciosum titulum induunt.* *Sequitur iuramenti præstatio, ubi varia intuitu testium occurrunt controversiæ.*

§. XIV. Quin juramentum, quo nullum vinculum ad adstringendam fidem & corroborandam veritatem teste Ci-
cerone *l. 3. de offic.* majores arctius esse voluerunt, (germ. *der Zeugen-Eid*) ex necessitate sit præstandum, non est, quod dubitemus, cum tota depositionis substantia in juramento consistat. Gail. *l. 1. obs. 101.* adeo, ut sine illius præstatione nemini testi quantumcunque religioso fides adhibeatur in præjudicium alterius, *c. nuper. de test.* Crescente enim hominum malitia factum est, ut simplici adsertioni, vel negationi, non amplius credatur, *c. 26. X. de jurej.* sic, ut juramentum nervus totius reipubl, a *Lycurgo contra Leocratem* dicatur, & omnes

mnes fere apud gentes obtineat, & nec germani, fide germana semet amplius tueri possint. Quamvis enim olim Frisiorum legati gloriari potuerint: *nullos mortalium armis & fide ante germanos esse*, Tac. *annal.* l. 14. c. 54. quamvis etiam Maximinus imp. adserente Herodian. in *Maxim.* potissimum fidei germanorum confideret propter summam fidelitatem; proh dolor! tamen in illa sinceritate non semper substiterunt germani, sed pedetentim etiam antiqua illa fides deficere coepit, sic ut postea itidem iuramenta ut in ceteris, sic in testimoniis etiam obtineri coeperint, & quidem ab initio eo solum casu, quando testes non erant fide digni, confer. LL. Longob. l. 2. tit. 28. quas congeffit Lindembrog. in *cod. LL. antiq.* postea vero indistincte testes iuramento constricti, prout jam constat ex *capitul. Caroli M. & Ludou. pii* l. 7. c. 207. ubi ita: *testes priusquam de causa interrogentur, sacramento constringi debent, ut jurent, se nihil falsum esse dicturos. Hoc etiam iubemus, ut honestioribus magis, quam vilioribus testibus fides admittatur.* (adhibeatur.) Unius autem testimonium, quamlibet splendida & idonea videatur esse persona, nullatenus audiendum, quæ constitutio sine dubio ex l. 9. C. d. test. desumpta, prout ex collatione facile patet, ut & illa, quæ habetur in LL. Visigoth. l. 2. tit. 4. l. 2. *judex causa finita & sacramento secundum leges, sicut ipse ordinaverit, a testibus dato iudicium emittat, quia testes sine sacramento testimonium perhibere non possunt.* Postea jure romano & canonico in foris nostris recepto necessitas jurandi adhuc magis firmata, quæ jura in hoc unanimiter consentiunt, ut testium depositio nullius sit momenti, nisi iuramento confirmata fuerit, l. 9. l. 16. C. de test. c. 51. c. *quoniam* 5. c. *licet universis*. 23. X. *cod.* Et hanc necessitatem in tantum extendunt DD. ut ex mente eorum nec ipse summus pontifex circa eam dispensare possit, prout ex Felin. in c. *constitutis*, de *rescript.* in 6. refert Gail. l. 1. obs. 101. n. 12. Nec ergo remitti potest iuramentum, nisi ab ipsis partibus, c. *tuis question.* 39. X. de test. l. pen. C. d. *pact.* l. 41. ff. de minor. Carpz. p. 1. d. 77. n. 21. p. 3. d. 234. n. 18. i-
mo

mo interdum nec hæ remittere valent, & si remiserint, judex nihilominus ex officio testi juramentum deferre potest, si ita videtur, v. g. si agitur de præjudicio publico, five animarum, ut in causa matrimoniali, ubi remisso a partibus juramento judex illud nihilominus injungere debet, quod tanquam notatu dignum commendat Gail. *d. obs. 101. n. 5.* Ceterum quod praxin modernam attinet, conf. *ord. pr. jud. Saxon. tit. 20. §. Wenns nun hierauf. Magd. Proc. Ordn. cap. 30. §. 10. Carpz. p. 1. c. 16. d. 31.*

§. XV. Quanam vero sub formula juramentum illud præstandum, cum & hic testes difficiles & tergiversantes esse soleant, breviter videndum. Olim varia conceptis verbis jurandi erat forma. In veteri lege jurabatur: *viuit anima mea*. Jason in *l. 3. §. jurari ff. de jurej. n. 2.* item: *hoc mihi addat dominus, c. & jurabunt. 22. q. 1. per salutem & generationem principis. 2. Reg. 11. v. 11.* Bart. in *l. 2. C. de reb. cred. per caput suum & filiorum suorum. l. 3. in f. l. 4. ff. de jurej. per sanctos & creaturas*, quod tamen est species idololatriæ, c. *considerat. caus. 22. q. 1.* Apud pontificios jurandi forma *per sanctos, sancta sanctorum*. Præterea jurabatur, *Deus mihi testis*, *1. Reg. 12.* id quod apud Romanos, aliosque gentiles itidem obtinuisse patet, unde Virgil. *l. 12. Æneid.*

*esto nunc sol testis, & hæc mihi terra precanti,
& pater omnipotens, & tu, Saturnia Iuno:
audiat hæc genitor, qui sædera fulmine sancit,
tango aras mediosque ignes & numina testor.*

Hodie ubique in judiciis recepta formula: *ita me Deus juvet: So wahr mir Gott helffe und sein heiliges Wort*, & quidem merito, quia omne juramentum huic soli tamquam vero & unico *καὶ διογνώση*, five cordium scrutatori, invocatio debetur, Anchoran. *consil. 192. n. 1.* In *c. 5. X. de testibus* hæc formula habetur: *se non privato odio atque amicitia, neque pro alio commodo, quod habuerint, vel quod habent, vel habituri sint, ad hoc ius jurandum inductos, & sicut ipsi dicunt, rei veritatem accepisse a majoribus suis & credere, ita esse;* sed ea in judi-

Quanam jurandi forma?

Non potest
remitti, nisi a
partibus.

judiciis hodie ita non observatur, unde aliam adferre liceat ex *ord. pr. Magd. cap. 30. §. 10.* juxta quam testes ita jurare tenentur: Ich N. N. schwere, daß ich in irrigen Sachen N. N. und N. N. betreffend, darinnen ich zum Zeugen angegeben, die rechte reine Wahrheit, worauf ich befragt werde, und was mir bewußt ist, aussagen, bekennen, und nicht verschweigen will, weder um Freundschaft, Feindschaft, Geschenk oder Gaben willen, oder wie es Nahmen haben mag, so wahr mir Gott helffe und sein heiliges Wort. Qui alias adhuc desiderat formulas, adire potest Beier. *Volckm. emend. p. 1. c. 80.* ubi varias adhuc refert in Saxonia usitatas, quæ tamen ab adducta parum discrepant. Et hæc juramenti formula, prout in quocunque judicio, seu foro recepta, non nisi consentientibus partibus mutari, aut remitti potest, vid. *adl. ord. pr. Magd. d. c. 30. §. 10.* Wann nun die Zeugen vorgestellet, sollen sie in Gegenwart des andern Theils, ja auch ohne dessen Beyseyn, im Fall des ungehorsamen Aussenbleibens, den Eyd schweren, und keiner desselben erlassen werden, es wäre denn, daß beyde Partheyen denen Zeugen den Eyd aus gutem freyen Willen nachgelassen, und ihrer Bezeugung auf ihre Gewissen trauen wolten, add. *ord. proc. jud. Sax. adl. tit. 20. §.* Wenn es nun, &c. hinc quoque, quamvis testis aliam quandam sanctæ contestationis formulam substituere velit, eadem juramento æquipollere existimet, in judiciis tamen non audiendus partibus invitis. Sed viceversa etiam nec parti licet formulam mutare, multominus execrationes & imprecationes addere, veluti: ob bey seiner Seelen Seligkeit, ob so gewiß, als er das höllische Feuer vermeiden wolte, ob dafern ihn nicht der Teufel so fort holen solle, Zeuge also wahr sagen könne, ob da er also sagte, er nicht Gottes Fluch, die Hölle, zeitlich und ewig Verderben, verdienen würde, &c. Ejusmodi enim diræ & execrationes partim ob impietatem, partim quia superflue, merito rejiciendæ, testis enim, qui verum jurisjurandi effectum cognoscit, omnia illa jam sub solita jurandi formula comprehensa esse persuasus est. Commissionibus etiam semper clausula inseritur: In gewöhnliche

che

de Eides-Pflichte nehmet, ergo quod in illis insolitum, iudex non admittit, *arg. l. qui per salutem. 33. ff. d. iureiur.* Ruland. *de commissar. p. 2. l. 2. c. 11. n. 38. seqq.* Plura vide apud Meu. *p. 4. dec. 270.* Carpz. *p. 1. c. 16. d. 31.* Brunnem. *proc. ciu. cap. 20. n. 56.*

§. XVI. Ex dictis iam patet, quod nec ipsi clerici a con-
tumaciæ poena liberentur, si ut testes producti iuramentum
præstare detrectant. Ea enim, quæ nonnulli ex intempe-
stiva religione in fauorem clericorum adducunt, nullo iu-
re, aut ratione nituntur. Nulla enim iuris autoritate exem-
tionem clericorum a præstatione iuramenti docere pos-
sunt, militat potius contra eos tum generaliter legum supra
adductarum, ratio tum apertus textus *c. 51. X. de test.* ubi clavis
verbis pontifex disponit: *quod nullius testimonio, quantum-*
cunque religiosus existat, nisi iurato deposuerit, in alterius præ-
iudicium credi debeat. Et præterea experientia testatur, cle-
ricos adfectibus sæpe non minus regi, quam laicos, adeoque
periculum subesse, si illis iuramenta remitterentur, ut loqui-
tur Hahn. *ad Wesemb. tit. de test. n. 5.* utut enim dignitas
ipforum eximia sit, & eminentia, aut grauitas officii præ-
sumptionem inducere possit, illis etiam non iuratis fidem ad-
hibendam esse, minime tamen illud necessitatem inducit,
cum boni pastores a malis semper discerni non possint. Ac-
cedit, quod non habeant, quod conscientiam eorum one-
ret, dum non nisi veritas eiusque sancta adsertio ab ipsis po-
scitur, iique non minus, ac alii, ad eam dicendam confirman-
damque obligati sunt. Imo refragatio clericorum ipforum
conscientiæ & officio non conuenit, partim quia iuramen-
tum est species cultus diuini, Frantzk. *ad tit. de iurei. n. 15.*
& confirmatio veritatis, *c. etsi christus. 26. X. de iurei.* par-
tim, quod dubiam faciat tum ipforum sine probabili causa
denegantium, tum aliorum fidem, contemnunt enim iudi-
cem, iuramenta inter peccata referunt, veritati defunt, cha-
ritatem proximo debitam in necessitate non obseruant, ut
egregie dicit Meu. *p. 4. dec. 256.* Nec iuuat alterum argu-
mentum, quo semet excusare student, adlegantes *auth. sed*

*A præstatio-
ne iuramenti
nec clerici
exempti.*

iudex C. de episc. & cler. ubi hæc verba reperiuntur: *non tamen iurent*; respondemus enim cum Setsero *de iuram. l. 1. c. 9. n. 26 & 27.* authenticam hancce minime esse authenticam. Notum enim, quod pleræque authenticæ ex nouellis desumptæ sint & ab Irnerio, ut volunt, codici insertæ, adeoque non probant, nisi quatenus cum nouellis conueniunt, Hopp. *præcogn. iur. c. 6. §. 6.* Lauterb. *in præfat. compend. iur.* maior enim fides tribuitur scripturæ matrici, seu originali, quam inde desumpto, Meu. *p. 1. dec. 119.* Hæc vero verba: *non tamen iurent, in nou. 123. c. 7.* non reperiuntur, cum tamen ex inde *de auth.* desumpta, adeoque ea reiicienda, quin contrarium potius inde probatur, dum *de nou. 123.* formam saltem dicendi testimonium per tactum euangeliorum remittit, unde etiam *d. auth.* ulterius non intelligenda, Meu. *p. 4. dec. 265.* Brunnem. *in d. auth.* Reuber. *tr. d. test. p. 3. n. 37.* Setser. *de iuram. l. 1. cap. 9. n. 23. seqq.* Manet ergo, clericos testes ad præstationem iuramenti omnino obligatos esse. Unde & Romani Vestales ceterosque religiosos iuramento adstrinxisse leguntur, P. Ayrault. *in instruct. de proc. p. 3. l. 3. n. 33.*

An clerici
sub formula:
bey ihrem
Gewissen,
admittendi?

§. XVII. Sed quæritur, num sufficiat, si testimonium perhibere volunt, ut plerumque prætere solent, bey ihrem Priesterlichen Gewissen? negatiuam defendimus. Ubique enim LL. iuramentum necessario requirunt, ibi intelligitur in iudiciis iuramentum corporale, ein gietlicher, gelehrter, körperlicher und leiblicher Eyd, siue tale, quod fit erectis digitis aliisque consuetis solemnitatibus accedentibus sub inuocatione nominis diuini, Græu. *ad Gail. l. 2. concl. 59. n. 10.* Dn. Zoll. *diff. de promiss. sub fid. generos. von der Cavaliers-parole. cap. 6. §. 4.* Quamuis enim concesserim, eiusmodi verba alias firmissimam inuoluere adfersionem; attamen non quæuis verba vim & efficaciam corporalis iuramenti habent, sed saltem ea, quæ in formula iurandi in imperio Romano usurpari solent: so wahr helffe mir Gott und sein heiliges Wort, in quibus hodie forma essentialis iuramenti

menti consistit, conf. *ord. cam. p. 1. a cap. 57. ad 85.* Unde nec adsertionem: bey dem Wort der ewigen und göttlichen Wahrheit, iuramenti iudicialis effectum producere, testatur Carpz. *p. 2. c. 16. d. 6.* Et insuper fides pastoralis pendet a fide pastoris, cum vero LL. pastorem a iuramenti præstatione non eximant, neque adsertio sub sola fide pastoralis admitti potest. Licet enim optandum foret, ut non alios haberemus pastores & ecclesiæ ministros, quam tales, quorum ea esset morum probitas & non adfectata pietas, ut nemo absque præstito iuramento etiam de sinceritate & veritate illius, quod loquuntur, dubitare posset; cum tamen & ipsi homines sint, qui non semper adfectibus dominantur, hinc semet a consueta iuramenti formula liberare non possunt, nisi partibus consentientibus & remittentibus. Non negamus quidem, quod iudex probe agat, si partibus persuadere studet, ut clericis, præcipue si parochi sint, aut eorum confessionarii, iuramenti formulam remittant, aut sub fide pastoralis eos admittant, ast vero, si partes hoc facere nolunt, inuitæ ad id adigi non possunt. Et ideo Wittebergenses in tali casu A. 1578. d. 8. Iun. pronunciarunt: Daß gedachter M. Mylius Superintendens, seines Vorwendens ungeachtet, sein vom Gegentheile begehrttes Zeugniß vermittelst gewöhnlichen Zeugen Eydes, im Fall die Partheyen ihm solches nicht erlassen wollen, zur Steuer der Wahrheit zu geben schuldig, darzu er dann im Fall der Wegerung durch gebührende Mittel angehalten wird, B. N. W. Coler. *dec. 211.*

§. XIX. Ex dictis igitur rationibus facilis decisio est quæstionis, si alii etiam testes sub formula: an Eydes Statt, deponere volunt, an scilicet sub ea admittendi? De efficacia dictæ formulæ, & an illa iuramento æquipolleat, frequens apud DD. controuersia. Nos negatiuam defendimus cum Carpz. *p. 2. c. 16. d. 6.* Hartm. Pistor. *lib. 4. c. 6. n. 1.* & aliis, nisi verba addita sint: so wahr mir Gott helfe, idque ex ratione, quæ iam in præcedentibus §§. adducta, quia nempe forma iuramenti in iudiciis recepta per æquipollentia verba fieri

Quid sentiendum de formula: an Eydes Statt.

non debet, *Meu. p. 1. dec. 146. n. 2. Setf. de iuram. c. 16. n. 17. A.* Alias etiam B. Dn. Stryk *U. M. ad tit. de iurei. §. 14.* eo casu, quando pars parti iuramentum detulit, distinguit, an consuetudo, vel sententia, corporale iuramentum exigat, an vero de sola fide negotii quaestio sit, in praedictum ipsius testantis. Priori casu eiusmodi contestatio non sufficit, nisi deferens ea adquiescere velit, quia de alterius luditur corio, cui exinde damnum obveniret, quod secus in casu posteriori, ubi eiusmodi adsertio an *Eydes. Statt* sufficit, etiamsi nihil amplius additum, quia illa clausula iuramentum implicitum iam continet, & in vim iuramenti adserens, & sciens, quid sit iuramentum, tacite Deum inuocasse censetur, ut fidem promissi non servatam in vim periurii flectat, & ipsum tamquam peierantem puniat, *Coler. de proc. exec. p. 1. c. 10. n. 246. Welemb. p. 1. cons. 15. n. 88. seqq.* Interim tamen poenam peierantium eo casu obtinere non existimo, nunquam enim poena periurii locum habet, nisi quando frangitur solemnis iuramenti forma, quae in iudiciis recepta, *Schrader. de feud. p. 10. n. 247. Welemb. cons. 15. Gail. l. 2. obs. 59. n. 6.*

Si quis iuramentum peccatum esse existimat?

§. XIX. Sed quid si testis comparens iuramentum declinare studet, sub praetextu, quasi iurasse simpliciter peccatum existimet? non censeo cum Strykio *us. mod. ff. tit. de iureiur. §. 7.* illos homines absolute ad iurandum adigendos, sed tentandum, ut scrupulus conscientiae eximatur, & iuramentum ex iusta causa & praevio iussu superioris praestitum extra crimen esse demonstretur, si vero nihilominus pertinaces permanent, peccatum foret, illos reluctantem conscientia ad iurandum adigere velle. *Sanderfon. de obligat. iur. praelect. 7. sect. 14.* Interim tamen eiusmodi homines poenam iurare nolentium in totum non effugiunt, licet enim aliquid conscientiae eorum tribuendum, praecipue si aliunde ex vita anteacta constat, illos semper in hac opinione fuisse, non tamen ab omni poena immunes erunt, idque publica & summa urgente necessitate. Si enim nulla poena dictaretur, unusquisque se facile sub praetextu conscientiae testi-

testimonio perhibendo subtrahere posset, quod minime ferendum. Hinc illustre collegium iuridicum Francofurtanum in casu, ubi anabaptistæ iuramentum delatum erat iudicialiter, ille vero sectæ suæ principia prætexerit, ne quidem magistratu iubente iurandum esse, & inde aliam formulam: bey Mannen und Wahrheit, quæ apud anabaptistas sanctissima habetur, subrogare vellet, respondit, daß Er schweren solte zu Gott und auf sein heiliges Evangelium. Rationes videri possunt apud B. Stryk. *us. mod. ad. tit. de iurei.* §. 8.

§. XX. Et hætenus de personis, quæ sub prætextu conscientie a pœna contumacie se excusare nituntur, sequitur, ut breuibus etiam alios, qui non quidem stimulante conscientia, sed *respectu dignitatis*, in qua constituti, solitam iurandi formulam declinare intendunt, & sufficere putant, si veritatem sub forma: bey Fürstl. Gräfl. Adelichen Ehren und Treuen, promittant, quam adsertionem cum iuramento solemni eiusdem efficacie esse putant, v. Gail. l. 2. obs. 59 n. 2. seqq. Surd. dec. 234. Coler. de proc. exec. p. 1. c. 10 n. 151. Schurff. cent. 1. obs. 17 Mascard. de probat. concl. 139. n. 15. Seraphin. de priuileg. iuram. priu. 30. n. 41. præ ceteris autem hanc sententiam defendit Nic. Mylerus ab Ehrenbach in nomol. ord. imp. ubi cap. 6. hoc exemplis regum Hispaniæ, Galliæ, Scotiæ, ducum Moscouiæ, imp. Romanorum & Germanorum, nec non ex robore & efficacia verborum, principis autoritate & reuerentia principibus debita, ex antiqua fidei germanicæ gloria, ex præxi cameræ, ex notoria germaniæ consuetudine, & demum ex consuetudine & testimonio principum & Ictorum extra germaniam comprobare studet. Quidquid tamen sit, huic sententiæ calculum adiiungere non possum. Quamuis enim alias Mylero hoc concedam, quod videlicet extra iudicium eiusmodi adsertio multum fidei mereatur; minime tamen illo casu, ubi iudicialiter iuramentum requiritur, eiusdem vigoris illam esse puto, quia, ut sæpe dictum, substantia & fides testimonii

De formula:
bey Fürstl.
Gräflichen,
Adelichen
Ehren und
Treuen.

unice in iureiurando consistit, *arg. l. 33. de iurei.* Wehn. *obs. pr. sub. voc.* bey Ehren, Treuen und Glauben. Anton. Dan. Sonnem. *prælect. publ. ad LL. notab. p. 187.* Nec impedit, quod a dissentientibus obiicitur, naturaliter ad fidem testimonio habendam non requiri iuramentum, sed esse hoc inuentum iuris ciuilis, quod subditos quidem stringit, non vero principem, quia LL. ciuilibus solutus, *l. 31. ff. d. LL.* respondetur enim, hoc quidem eatenus procedere, quatenus requisitum iure ciuili inductum meras solemnitates inuoluit, hoc enim respectu fatemur, principes ab eiusmodi solemnitatibus omnino immunes esse, minime autem hoc procedere potest in causis, quæ altioris indaginis, & ubi princeps non ut princeps, sed ut priuatus considerandus, quod fit in eo casu, ubi de veritate ex adserto hominis indaganda agitur, ibi enim cum conscientiam principis non magis ac ceterorum inspicere possimus, & ergo, quo de sincera veritate constet, Deus vindex inuocandus sit: differentiam inter principem & priuatum statuendam esse non video, sed potius adserere audeo, testem, quantacunque etiam præfulgeat dignitate, corporali adstringi debere iuramento Græu. *ad Gail. l. 2. concl. 59. n. 3.* Imo & praxis, ad quam dissentientes prouocant, ipsis contraria, sic enim refert Iac. Schult. *in add. ad Coler. dec. 115. n. 28.* nec principes a præstatione iuramenti testium immunes fuisse, & id exemplo illustrissimi quondam principis Iulii ducis Brunsvicensis confirmat, qui in propria persona testimonium sub solita iuramenti formula perhibuit. Inde etiam mandatum procuratorium de præstando iuramento calumniæ sub clausula: *solle bey meinen Fürstl. Gräfl. Adelsichen Ehren an Eydes statt, &c.* in camera non accipiuntur, Ruland. *de commiss. l. 2. cap. 11. n. 47.* Quid? quod ex Sleidano constet, ipsum Carolum V. imperatorem, iusiurandum iuratum, seinen geschwornen solennen Eyd, præstitisse. Et tandem, si dissentientium sententia obtineret, imperatores ad minimum in capitulationibus a iuramenti præstatione liberi essent; sed & hoc secus esse praxis uberime hactenus

atenus demonstrat, dum in fine omnium capitulationum hæc concepta verba deprehenduntur: bey Unseren Königl. Ehren, Würden und Worten im Namen der Wahrheit zugesaget. Inmassen Wir denn das mit einem leiblichen Eyde zu Gott und dem heiligen Evangelio geschworen, &c. vid. Ziegler. Wahl. Cap. von Carolo V. biß auf Ioseph. add. capitulatio augustissimi nostri & vere inuictissimi imperatoris Caroli VI. §. 30. Interim vero & hic, quod supra §. XVII. de clericis monuimus, repetendum venit, quod nempe, cum variæ hac occasione controuersie oriantur, & tamen iuramenti solemnitatem a partibus remitti posse constet, utile sit, ut testibus illustribus a partibus iuramentum remittatur, & fidei illustrium personarum fides habeatur, Ruland. *de commiss. p. 2. c. 11. n. 51.* add. Gail. *l. 1. obs. 101.* item *l. 2. obs. 59.*

§. XXI. Quæ diximus, regulariter & in dubio obtinent, exceptio tamen erit, si statuta contrarium adserant, aut ex singulari priuilegio, siue iure, aliud receptum, prout hoc in regno Bohemiæ & archiducatu Austriæ speciale, ubi nobiles & illustres personæ personaliter comparere non tenentur, sed per scripturam sub fide sua sine corporali iuramento deponunt, & depositionem obsignatam iudici examinis transmittunt, unter ihrer Hand und Pertschaft, id quod etiam in Bauaria ita obtinere, ut nobilium sigilla & manus loco iuramenti habeantur, testatur de praxi Gailius *l. 1. obs. 101. n. 14.* add. Brunnem. *proc. ciu. cap. 30. n. 65.* ubi adserit, eiusmodi priuilegio, itidem gaudere proceres in Suecia. Talia statuta derogant iuri communi, utpote quod saltem in subsidium nosmet recepisse notum est. Huc etiam pertinet consuetudo, quam in Silesiæ ducatibus Opeliensi, Ratiboriensi, Teschinenti, Oppauienti & Carnouienti ita practicari dicit Arn. Reyger. *thesaur. iuris ocupt. advoc. testis in add. n. 37.* ut scilicet nobiles in scriptis testimonium ferant sub clausula: und dieses bezeuge ich bey meiner Seelen Heil und Seligkeit. Eodem modo obtinere quoque potest adsertio officialium bey dem Eyde, damit sie ihren Herrn zugethan, si illi iuramenti loco

*Exceptio
erit, si con-
trarium re-
ceptum.*

loco recepta, veluti hoc aliquoties se obseruasse adferit Gail. *adt. l.* quam formulam de iure prutenico aliquando etiam obtinere, sed sub distinctione, patet ex *iur. prou. Prut. l. i. tit. 35. art. 6. §. 3.* distinguitur scilicet, an officiales deponant in causa ad officium suum spectante, an in causa ab officio mere aliena, illo casu eiusmodi adfertio vice iuramenti est, fecus vero casu posteriori. Ceterum generaliter hic notandum, quod in dubio nulla exceptio præsumatur, sed omnes testes sub solita formula iuramenti examinandi sint, unde qui speciale aliquid adlegat, illi probatio incumbit, tamquam contra ius commune quid statuenti, Mynsing. *cent. 2. obs. 3.*

Testis contumax est, si in scriptis, & non viua voce testari vult.

§. XXII. Ea ergo, quæ in *præc. §.* de priuilegiatis nobilibus adduximus, ad alios indistincte adplicare non possunt, sed tenetur testis in iudicio comparere, & testimonium viua voce, non vero in scriptis perhibere, Bart. *in l. 9. C. de test. Oldend. tr. de test. p. m. 558. n. 15.* unde, si testis, emanet & testimonium in scriptis offerre vult, de nouo citandus & comparitio illi iniungenda, postea vero, si adhuc pertinax perseverat, eum contumaciæ pœnam iuste incurrere non est, quod dubitemus, cum testibus, non testimoniis, credendum, iam olim imp. *in l. 3. ff. de test.* censuerit. Aliud tamen respondendum in eo casu, quem refert Beust. *in rubr. de iur. rei. n. 212.* ubi dicit, se in quadam causa, in qua commissarius fuerit, vidisse virum quendam senem & prudentem, ut testem productum, & hunc, antequam ad articulum prælectum responderet, accepto atramento & penna depositionem suam scripsisse, postea vero eam e charta prælegisse, licet enim postea pars aduersa validitatem huius depositionis in dubium vocare voluerit, pronunciatum tamen fuisse, illam valere, quia verba deponentis interuenerant. Iura enim nihil præter præsentiam testium requirunt, & depositionem viua voce prolatam, Gilhaus. *arb. iud. ciu. p. 6. c. 6. n. 7.* Non vero valet depositio per procuratorem iurata, uti vult Bart. *in l. 13. §. 13. de damn. inf. n. 12,* cuius sententiam communi-

ter

ter adprobatam dicit Reyger. *thes. loc. verb. testis in add. n. 39.* & iuxta cuius doctrinam licet una partium dicto procuratoris partis alterius stare nolit, sed dominum respondere debere urgeat, dominus nihilominus constituere potest procuratorem ad iurandum, & dicetur satisfactum petitioni, videtur enim dominus iurare tamquam per organum, *c. presentium de test. in 6. iunct. c. fin. de iuram. in 6. ibique glossa*, scilicet, decreto speciali non videtur satisfactum per procuratorem, *cap. fin. §. 1. de offic. de leg. clement. 1. de vita & honest. cleric. Cacheran. decis. 113. n. 2.* Verbum enim *personaliter* in aliqua constitutione positum facit, ut mandans non habeatur pro faciente, Bart. in *l. iubemus C. de erogat. mil. ann. n. 3.* Vide, quæ de hac personali depositione aliisque actibus personaliter, non per mandatarium perficiendis fuse & erudite tradit Cacheran. *d. dec. n. 5. 6. 7. 8. 9.* ubi contrariis respondet *n. 10. seqq. usque ad fin.* & senatum etiam pro sua sententia pronunciaſſe commemorat.

§. XXIII. Quid vero sentiendum, si testes adferunt, se iurasse, quod secreta nunquam reuelare velint, an scilicet nihilominus ad articulos respondere teneantur, & an iudex in casu denegati testimonii in illas tamquam contumaces animadvertere possit? adfirmatur. Istiusmodi enim iuramentum turpe est, contra bonos mores, & impium, ideo nec obligatorium, quia alit peccatum mortale, & iram Dei prouocat, vid. omnino *can. 80. c. 11. q. 3. & can. 3. 4. 5. 6. 10. c. 22. q. 4. c. 58. de R. J. in 6.* unde & Plato *l. 1. de LL.* eos improborum vult haberi numero, qui veritatem celant. Idem obtinet intuitu sacerdotis, hic enim, etsi se nunquam iuraturum vota fecerit, nihilominus tamen ut testis productus veritatem sub solita iuramenti forma adferere debet, conf. Græu. *l. 1. concl. 100. confid. 1.* & dum non seruatur eiusmodi iuramentum, præsumitur, eum poenituisse peccati, quod temerario iuramento commiserat, Gail. *l. 1. obs. 100. n. 4.* Nulla quoque hic iuramenti relaxatio de necessitate requiritur, actus enim inualidus & nullus nullum plane

Quid si testes iurarunt, se secreta nolle reuelare.

producit effectum, *l. non dubium. 5. C. de LL. ubi impp. Theodosius & Valens rescribunt: quod ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sint, sed pro infectis etiam habeantur*, leges enim vana & frustratoria remedia adhibere non solent, *arg. l. 18. ff. de V. O. add. Mascard. de probat. in proæm. cap. 5. n. 55.* Id quod etiam de praxi cameræ ita obtinere, & hoc modo in causa Braunschweig, c. Sachsen, Anhalt & consortes, item Teutschmeister contra Hailbrunn, pronunciatum fuisse, testis est Gail, *l. 1. obs. 100. n. 4 & 5.*

*In instantia
adpellationis
testes de nouo
iurare tenen-
tur.*

§. XXIV. Ut hætenus dicta in prima instantia obtinent: sic etiam in adpellationis instantia eadem obtinere existimo. Etsi enim videri posset, quod testes, qui semel iuramentum præstiterint, eodem de nouo non sint constringendi, cum iuramenta temere multiplicari non debeant, quam sententiam etiam commentatores ad statuta Parmensia fovere testatur Rulant. *de commiss. p. 1. l. 6. cap. 10. n. 6.* nihilominus tamen contrarium magis probari censeo per *c. fraternitatis. X. de test. c. præterea. X. de test. cog.* prout etiam hanc adfirmatiuam in camera obtinere, & iuxta eam decisum fuisse in causa Bürgermeister und Rath der Stadt Greider Teutschmeister, adferit Rulant. *adl. loc.* Verba decreti hæc sunt: wird denen Commissarien hiemit Macht gegeben, die Zeugen vormahls durch D. N. gehört, wieder von neuen zu beeydigen und Rundschaft zu geben, fûrgemandter Einrede ungeachtet, wie sich gebühret, zu zwingen, &c. ergo si iurare nolunt, eodem modo contra illos proceditur, prout alias contra contumaces procedi solet, Berous. *in c. solent. de restit. spol. n. 15.* Interim optima hic est cautela, quam suggerit Gail. *l. 1. obs. 104.* quod nempe testes eiusmodi, quia hominum memoria labilis, *l. peregre. 44. ff. de adquis. v. amitt. poss.* maxime si factum est antiquum, Bart. *in l. res obligata. n. 1. ff. de legat. 1.* ad euitandum periurium a iudice petant, ut prior rotulus ipsis ante examen exhibeatur, quo de veritate dicenda se informare possint, ne sibi sint aliquo modo contrarii.

§. XXV.

§. XXV. Tandem de persona iudicis testimonium perhibentis adhuc quæstio huic capiti colophonis loco ad-
iicienda: an videlicet iudex testis iuramentum sine nota
contumaciæ recusare possit? *in cap. 7. X. de probat.* dicitur: *De testimonio iudicis, an il-
lud iuramen-
to confirman-
dum?*
*solis literis iudicis standum esse, (etiamsi iuramento confirma-
ta non sint,) donec probetur contrarium,* ex ratione, quia iu-
dex pro se habet præsumptionem iustitiæ atque veritatis, etsi
itaque eius adsertio plenam atque irrefragabilem fidem non
faciat, attamen veritatis nititur præsumptione, sunt verba
Meuii p. 1. d. 118. id quod etiam, cum veteri iure Saxonum
conuenit, ubi im *Land-Recht l. 2. art. 22.* ita disponitur: *wo
der Richter zu gezeugen geführt wird um eine Sache, das hält
man für ein vollkommen Bezeugniß, clarius vero l. 3. art. 88.
wenn der Richter mit denen Schöppen etwas bezeugen soll, da
soll er sich allein bey dem Eyd, den er dem Könige zum Gericht
geschworen hat, verpflichten, die Wahrheit zu sagen, und an-
ders darf er nicht schwören.* Verum enim vero hæc solum
de illis negotiis intelligenda, in quibus iudex officio suo
functus, minime vero de extraiudicialibus, Mascard. *de
probat. concl. 950. n. 30.* Carpz. p. 1. c. 16. d. 27. in quibus non ut
iudex, sed ut alius homo consideratur, & huc pertinet tex-
tus in *cap. 28. X. de test.* ubi Pontifex iubet, *ne unius iudicis,
quantæcunque fuerit autoritatis, verba credatur in causis
sive super testamentis, sive quibuscumque aliis contractibus quæ-
stio est.*

CAP. IV.

DE

PERSONIS, QUÆ TESTIMO-
NIUM DECLINANTES CONTUMA-
CES NON AUDIUNT.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Inter personas, quæ ad testimonium dicendum obligatæ non sunt, primo
veniunt consanguinei, §. 1. inde inter adscendentes & descendentes nulla
est

est coactio, §. II. neque inter fratres & sorores, §. III. ceteri cognati quatenus eximantur, docetur §. IV. quid de marito & uxore? quid de domesticis? §. V. in tantum a testimonii praestatione liberantur clerici confessores, non solum intuitu eorum, quae ipsis in confessione, sed etiam quae in adibus eorum extra casum confessionis reuelata. Quae obligatio certo respectu extenditur ad laicum, §. VI. exceptiones, quando clericus reuelata in confessione manifestare tenetur, §. VII. porro excipiuntur aduocati, §. II X. pro xeneta quatenus liberentur? §. IX. exceptio, si veritas aliter haberi nequit, quomodo intelligenda, §. X. alii a testimonio dicendo intuitu comparitionis in iudicio liberantur, §. XI. personae egregiae ob l. 15. de iureiur. cuius legis quaedam adducuntur limitationes, §. XII. recensentur personae egregiae tam de iure Romano, §. XIII quam praxi moderna, §. XIV. exempti etiam sunt senes, §. XV. item valetudinarii, quibus adfociantur praegnantis partui vicinae, §. XVI.

§. I.

Inter personas, quae ad testimonium dicendum obligati sunt,

primo sunt consanguinei.

Explicatis iis, quae circa examen testium monenda existimauimus, ordo iam postulat, ut personas confideremus, quae a testimonio dicendo liberantur & per consequens testimonium recusantes contumaces non audiunt. Occurrunt hic praecipue personae vinculo sanguinis inuicem coniunctae, quae ex ea ratione ad testimonia non compelluntur, ne odiorum causa inde succrescat, & ne diffidiis feiungantur, quos oportuerat in perpetuum sanctissimo amoris vinculo constrictos esse, Voet. ad. ff. tit. de test. n. 3. in f.

Adeoque inter adscendentes & descendentes nulla est coactio.

§. II. Ergo adscendentes & descendentes contra se inuicem testimonium ferre non coguntur, ex parte parentum enim hoc pugnaret cum amore erga liberos, ex parte vero liberorum cum debita & naturali reuerentia, cui per iudicis sententiam derogari nequit, prout hoc impp. Diocletianus & Maximianus in l. 6. C. de test. itidem obseruarunt, quippe qui nec volentes eos ad testimonium admittendos esse censent, ex modo adducta ratione, nec amor naturalis & debita parentibus reuerentia violetur, quae tanta est, ut quod eam vincat, in tota rerum natura non reperias, l. 8. §. fin. ff. quod met. caus. l. fin. C. de curat. fur. Nulla hic est distinctio, an patria potestas iam sit soluta, necne, quamuis nonnulli ita censeant, vid. DD. ad d. l. 6. de test. Ayreri proc. cap.

cap. 7. obs. 10. n. 9. nec an sint sexus masculini, an sequioris, imo Carpz. *de us. arb. consang. disp. 13. th. 9. n. 84.* dicta intuitu foeminarum adhuc magis procedere putat, ex ratione, quia, ut faciliores sunt ad amandum, ita faciliores quoque ob amorem ad periurium præsumuntur, Mascard. *de probat. vol. 3. concl. 1148. n. 4.* quam tamen differentiam hic loci examinare merito superfedemus, cum alia, quæ magis ob utilitatem & praxin se commendant, locum postulent. Quæritur scilicet: *an pater ad testandum cogi possit, si causa inter duos filios agitur?* negativam hic prævalere non est, quod dubitemus, eo, quod pater pro uno contra alterum testimonium perhibens, etiam hoc casu contra adlegata iura impingat. Nec obstat, quod regeritur, per æqualem, qua pater erga utrumque filium ducitur, adfectionem remoueri fraudis & periurii præsumtionem, *l. 67. §. 1. ff. de R. N.* quamuis enim hoc concedatur, non cessat tamen ratio principalis a pietatis officio desumta, quæ pietas patrem contra filium testari non patitur, Voet. *ad ff. adl. l.* Exceptio interim a regula esse potest eo casu, si veritas aliter haberi nequit, sic enim fauore eruendæ veritatis parentes contra liberos & vice versa cogi posse, testantur Farinac. *de test. qu. 54. n. 171.* Gomez. *tom. 3. variar. resolut. c. 12. n. 24.* Andr. Scheffer. *p. 1. qu. pract. qu. 7.* Frid. Schenck *de test. n. 31.* Extra hunc vero casum, (qui, quomodo intelligendus, infra §. X. explicabitur,) ad testandum minime cogi possunt. Inde quoque Scabini Lipsienses in causa Georg Kreusels contra Georg Schillenbach zu Schwarzenb. mens. Iul. A. 1632. pronunciarunt: daß betlagter seinen Beweis bey Verlust desselben binnen Sächsischer Frist gänzlich zu verführen schuldig, und es mag Klägers Tochter, Christoph Georgens Eheweib, wieder Kl. ihren Vater Zeugniß zu geben beständiger Weise nicht gebrungen werden, B. N. W. Carpz. *p. 1. c. 16. dec. 50.* De praxi reliquarum extra Saxoniam prouinciarum idem obtinet, vid. Würtemb. Land-Ordnung rubr. Welche Personen nicht Zeugniß geben mögen: verb. item Vater und Mutter. reform.

Noric. *tit. 7. c. 1. §.* es sollen auch die Eltern reform. Worma-
tens. *l. 1. tit. 21. verb.* auch soll ein Vater oder Mutter. reform.
Erfurt. *p. 1. tit. 33. §. 4 & 5.*

Neque inter
fratres &
sorores.

§. III. Secundum iam sibi locum vindicant *fratres & sorores*, qui itidem ex eodem amoris & sanguinis vinculo, & ne sat rara & apud nos fratrum gratia magis turbetur, ad testimonium dicendum cogendi non sunt. Idque iterum indistincte, an scil. cesset patria potestas, bonorum commu-
nio, & cohabitatio, annon, quos quidem tres casus excipit Menoch *d. A. J. Q. l. 2. c. 104. n. 1.* Imo adserere & hoc au-
deo, quod fratres neque volentes admittendi sint contra fratres, idque non in criminalibus solum, quod ipsi etiam dissentientes concedunt, Lauterb. *coll. theor. pr. ad tit. de test. §. 31.* sed etiam in civilibus, quia eadem adest ratio, quam intuitu patris §. *preced.* adlegauimus, scilicet ne in familia odia generentur. Nec mouet ratio dissentientis Lauterb. *adl. l. Carpz. l. 3. resp. 89. n. 35.* Lauterb. Patris *ad ius Wurtemb. p. 1. tit. 36 & 60.* quod fratres specialiter non prohibeantur, & hinc volentes admittendi sint, iuxta *l. 1. §. 1. ff. de test.* Si enim hæc adsertio procederet, sequeretur etiam, quod fratres etiam cogi possent, quia illi inter perso-
nas, quæ inuitæ ad testimonium cogi non possunt, expressis verbis itidem non connumerantur, imo exinde fluere, quod nec parentes de iure pandectarum exempti essent, quia nec illi expresse nominantur. Scilicet, crediderunt legisla-
tores, dum alias personas exceperunt, inter quas vinculum non adeo arctum intercedit, quod ab illis, tamquam a mi-
nori ad maius, sc. parentes, recte argumentari possit, quam-
uis hi nominatenus excepti non fuerint. Ex ratione dissentientium & olim forsan dubitatum, an parentes vo-
lentes in testimonium admitti possent contra liberos, quod dubium remouerunt impp. *in d. l. 6. C. de test.* dum Tertullo requirenti rescripserunt: nec volentes illos admittendos esse. Licet autem eiusmodi rescriptum respectu fratrum adlegare non possimus, sufficit tamen, quod hic, uti ante di-
ctum,

ctum, eadem militet ratio, unde a patre ad fratrem intuitu amoris consanguineorum in iure aliquoties argumentari videmus. Sic frater fratrem non grauioris, sed leuioris saltem criminis accusare potest, *l. 13. l. 18. C. de his qui accus. non poss.* eo modo, quo etiam pater filium suum ex causa grauioris criminis ad supplicium offerre non potuit, *l. 13. §. ult. ff. de re milit.* Et ita in aliis. Hinc optime *in iure prou. Würtemb.* dispositum legitur: item Bruder und Schwester mögen auch für, noch wider einander Zeugniß geben, es wären denn keine andere Zeugen, oder Beweisungen vorhanden. Quæ utique de ciuilibus saltem intelligenda, in criminalibus quippe pro reo ad innocentiam eius probandam, sicut & alios inhabiles, ita & fratres ad testimonium admittendos esse constat, vid. *Carpz. pr. crim. q. 114. n. 36.*

§. IV. Possem hic & ceteros, qui ratione consanguinitatis & cognationis a testimonii necessitate excipiuntur, speciatim adducere; ne vero disputationis modum egrediar, illos uno hocce §. complecti liceat, præcipue cum eorum intuitu nullum fere dubium a DD. moueatur. Generaliter itaque monuisse sufficiat, *cognatos collaterales usque ad septimum gradum computationis civilis* contra cognatos ad testimonium perhibendum cogi non debere, *l. 4. ff. de test.* nec inuitus quis ad testimonium obligatus aduersus socerum, generum, vitricum, priuignum, nec ex adducta regula aduersus sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosque omnes, qui priore gradu sunt, & propiores his necessitudinis loco iunguntur, *l. 10. ff. de grad. & ad fin. & nom. eor. Wessemb. parat. ff. de test. n. 3. Gail. l. 1. obs. 100 n. 14.* idque tam in criminalibus, quam ciuilibus, *arg. l. 6. C. de test. Brunnem. ad l. 4. ff. de test. n. 2.* Nullum tamen dubium est, quin statuti ista immunitas a coactione ad arctiorem & proximiorum quendam gradum restringi possit, ut Hamburgi factum, ubi priuilegium istud in tertio solum gradu sibi locum vindicat, vid. *Mart. ad O. P. S. tit. 20. §. 2. n. 134.* In linea recta vero omnes consanguinei a compulsionem merito immu-

Ceteri cognati quatenus eximantur?

immunes esse, ex supra dictis patet rationibus, *arg. l. 5. ff. de test. l. 10. §. f. ff. de grad. conf. Carpz. de us. arb. consang. & adfin. disp. 3. th. 9.*

*Quid de ma-
rito & uxo-
re?*

§. V. Cum vero amor conjugalis non minoris efficaciae esse censeatur, quam ille, qui ex sanguine profluit, Arnif. *de iure connub. cap. 1.* hinc antequam ad personas extraneas, earumque exemptionem progrediamur, inspiciendum, quid respectu *mariti & uxoris* iura disponant. Quemadmodum vero, ut supra dictum, inter personas, quae inuitae ad testimonium non coguntur, non omnes nomine tenus recensentur: ita quoque uxoris & mariti in *l. 4 & 5. de test.* non fit mentio, unde quoque non defuerunt statuentes, uxorem contra maritum & vice versa non testari tantum posse, sed & inuitam ad id compellendam esse, Voet. *ad ff. tit. de test. §. 5.* Sed salua res est, suppetit enim iterum identitas rationum antea adductarum, ut nulla coactio respectu mariti & uxoris locum habeat, Sichard. *ad l. 3. C. de test.* quod idem ad *sponsam & sponsam* extendit Caualecan. *p. 4. n. 60.* Cum enim ob arctissimum illud connubii vinculum in unum coniuges coaluerint, & conjugalis adfectio eam, quae inter parentes & liberos intercedit, non tantum aequet, sed & superet; a consanguinitate arctissima ad hunc casum illationem validam esse, non est, quod dubitem. Cui accedit praeterea, quod, dum ad fines ad testimonium dicendum cogi non possunt, Reuber. *in tract. de test. q. 2. n. 176.* multominus illi cogi debeant, qui principium sunt adfinitatis, maritus scilicet & uxor, conf. Sande *decis. Fris. libr. 1. tit. 10. def. 3.* Nec impedit, quod magni nominis Icti statuunt in contrarium, de uxore quidem concedentes, minime vero de marito, quem indistincte contra uxorem ad testandum cogi posse adserunt, Aym. *de antiq. temp. p. 1. sect. 3. n. 17.* adlegatus cum multis aliis a Farinac. *quest. 54. n. 220.* ex ratione, quia in marito deponente contra uxorem non imminet tanta periculi ratio, sicut in uxore deponente contra maritum, Carpz. *p. 1. c. 16. def. 51 & 52.* dum enim concedunt, ex amo-

amore conjugali has personas contra se inuicem ad testimonium perhibendum non teneri, non video, quomodo illa thesis defendi possit. Quod *domesticos* adinet, monuisse sufficiat, quod non possint ob *d. l. 6 ff. de test.* cogi ad testandum; grauis enim res est, quempiam cogere, ut eum testimonio suo lædat, cuius cibo ac potu vitam sustentat, Reuber. *de test. p. 2. n. 201. & 206.* plura de domesticitate legi possunt apud Martin. *in comment. ad O. P. S. tit. 20. §. 2. n. 187. seqq.* Carpz. *lib. 3. resp. 89. n. 7.*

§. VI. Præter hasce personas, quæ a præstatione testimonii liberæ in totum, dantur & aliæ, quæ ex speciali privilegio in quibusdam saltem casibus exemptæ reperiuntur. Et primo quidem occurrunt *clerici confessionarii*, hi enim a contumacia ejusque poena liberantur, si de secretis reuelatis in confessione testari nolunt. Hæc quippe non tantum non reuelare compelluntur, sed etiam si reuelant, nullam fidem merentur, Finckelth. *obs. 99.* Carpz. *jurispr. eccles. l. 3. def. 25.* Quid vero, si a iudice interrogantur desuper, an sciant aliquid? respondet Angel. de Clauas *in summ. lit. c. §. confessio*, citatus a Græu. *conclus. pr. l. 1. concl. 100. consid. 2.* eos sine ullo peccato respondere posse, se nihil scire, nec auduisse, scil. ad reuelandum, unde, pergit, non debent tacere, ut dicunt aliqui, sed male, sed audacter dicere, quod nihil sciant, & quod nihil audiuerint, quia subintelligitur, ad reuelandum, sicut & Christus dixit Marc. 13. quod nec filius hominis sciat de die judicii. Hactenus Clauas, qui fundamentum hujus doctrinæ desumpsit *ex c. 2. X. de offic. jud. ord. juxta quod ejusmodi decreta non ut iudex scit, sed ut Deus*, seu, ut Pontificii loquuntur, *tamquam vicarius Dei.* B. Lutherus colloq. mens. c. 14. von der Beicht und Absolution, hoc ita exprimit: sie hat mir nichts gebeichtet, sondern dem Herrn Christo, und weil es Christus heimlich hält, soll ich es auch heimlich halten, und stracks sagen, ich habe es nicht gehöret, hat Christus etwas gehöret, so sage Er; & paulo post: hab ich sie absoluiert? da weiß ich Doctor Martinus nichts von, sondern Christus weiß es, mit welchem sie

quid de domesticis?

In tantum a testimonii præstatione liberantur clerici confessionarii.

*sed etiam de
iis, quæ ipsi
reuelata in
ædibus suis
extra casum
confessionis.*

geredet, denn ich höre nichts, beichte und absolvere auch nichts, sondern Christus. Huic præterea rationi, quæ nostro non subest iudicio, jungitur specialis ad silentium obligatio, ad quam unusquisque, cui secreta commissæ, obstringitur, Stryk. *diss. de reuel. conf. cap. 2. n. 55. seqq.* certe jus canonicum seueram in eiusmodi clericos statuit poenam, quam c. 12. X. de pæn. his verbis exprimit: *qui peccatum in pœnitentiali iudicio sibi detectum præsumserit reuelare, non solum a sacerdotali officio deponendum decernimus, verum etiam ad agendam pœnitentiam perpetuam in arctum monasterium detrudendum*, add. Carpz. *jurispr. consist. l. 3. tit. 2. def. 25.* idque non solum intelligendum de illis, quæ in confessione auriculari, ab Innocentio III. in locum pristinae confessionis secretae surrogata, sed etiam de iis, quæ extra casum confessionis reuelata in ædibus priuatis, Brunnem. *proc. inquisit. cap. 8. membr. 1. n. 40.* Nam locus & actus confessionis minime absoluit nexum obligationis ad silentium, sed data & sperata fides, vid. B. Stryk. *adl. l. n. 64.* licet dissentiant Beier. *de sigill. confess. sect. 2. c. 1. §. 3.* item Textor *in pr. judic. p. 2. c. 11. n. 28.* qui statuunt, quod illa, quæ quis extra confessionis solemnitatem sacerdoti sub protestatione de non reuelando manifestauit, sacerdotem ad silentium non obligent, imo iudicium ad torturam oriri, si mediante adsertione sacerdotis delictum sacerdoti in ædibus suis reuelatum ad notitiam principis, siue iudicis, peruenerit, sed, prout diximus, male, quia utrobique eadem subest ratio & ad silentium obligatio, B. Stryk. *in not. ad Brunnem. jur. eccles. l. 2. cap. 19. §. 22.* Augustinus c. 19. c. 2. q. 1. sub finem ita ait: *sunt homines adulteri in domibus suis, in secreto peccant, aliquando nobis produntur ab uxoribus suis, plerumque zelantibus, aliquando maritorum salutem quærentibus. Non prodimus palam, sed secreta arguimus. Ubi contigit malum, ibi moriatur malum.* Pos- sunt quippe ex hypothese juris canonici clerici priuata re- dargutione peccatoribus melius consulere, quam si magi- stratui illos denunciant ad poenam infligendam, a qua pra-

xi prima ecclesia abhorruit, juxta Stryk. *U. M. ff. ad tit. de test. §. 8. in fin.* Unde illustris Facultas juridica hujus Fridericianæ in casu, ubi aliquis ut testis in causa quadam producebatur, minister ecclesiæ autem, cum hoc audiret, judicio denunciabat, hunc hominem, quod aliquando perjurium commiserit, confessum esse, quærebatur: an inquisitioni locus esset? decidit laudata Facultas sequentem in modum: daß wieder Titium nichts vorzunehmen, es ist aber dem archidiacono Cajo, daß er dasjenige, so Titius ihm seinem Beichtvater, als er das heilige Abendmahl nehmen wollen, und also also allerdings sub sigillo confessionis von einem begangenen perjurio bekannt haben sollte, hernach public gemacht, ernstlich zu verweisen. Es hat auch Meuii suchen, daß der archidiaconus endlich vernommen werden möge, nicht statt, u. s. f. prout hoc responsum retulit B. Dn. Joh. Sam. Stryk. *in diff. de testim. injur. cap. 2. §. 15.* imo hoc etiam obtinere in judiciis aliis favorabilioribus, e. g. in matrimonialibus, patet ex Carpz. *p. 1. c. 16. d. 70.* ubi Lipsienses ita pronunciarunt: hat unter euren Pfarr-Kindern eine ledige Weibsperson einen Wittwer zugesagter Ehe wegen, vor dem consistorio belanget, &c. ob sie nun wol unter andern auch euch, gegen deme, als seinem Beichtvater, er in der Beichte sich zu der verweigerten Zusage bekannt hätte, zum Zeugen angegeben, &c. so seyd ihr doch dißfals Zeugniß zu geben nicht schuldig, möget auch dazu nicht angehalten werden. Und wenn ihr es gleich thun wollet, wäret ihr doch damit nicht zu hören, noch zuzulassen, u. s. f. Extendunt hæc quoque ad casum, si quis laico in casu necessitatis confessus fuit, ubi idem sigillum confessionis subest, & laicus non minus, ac sacerdos, ad silentium obligatur, quia ille in extrema necessitate loco sacerdotis est, per *c. sanctum 36. de consecr. dist. 4.* add. Casp. Matth. Müller *diff. de verit. cel. cap. ult. §. 4.*

quæ obligatio certo respectu extenditur ad laicum.

§. VII. Sunt tamen exceptiones adductæ regulæ, & sacerdos apud evangelicos ad perhibendum testimonium tenetur, (1) si confessio delicta patranda concernit, aut continuanda, justa enim est confessionis reuelatio, quæ fit eum

Exceptiones, quando clericus reuelata in confessione reuelare tenetur.

in finem, ut peccato occurratur, & damnum, quod proximo imminebat, auertatur. Ergo praxis pontificiorum, qui sigillum confessionis etiam ad patranda extendunt, merito damnatur. Exc. Böhmer. *jur. eccles. prot. l. 2. tit. 21. §. 9.* ubi etiam ex Ziegler. *ad Lancelot. p. 356.* nefandum illud Garnetti Jesuitæ responsum notat, quippe qui a comite Nottinghamiæ pro tribunali interrogatus: si quis apud ipsum confiteretur, se die sequenti regem pugione transfixurum, num rem occultandam putaret? adfirmatiue respondit. Ejusmodi sacerdos causa moralis fit homicidii & perduellionis, imo peccati vinculo implicatur, qui non indicat iis, quibus intenditur, *c. 8. c. 22. q. 5.* Exc. Dn. Præs. *Einl. zum consst. Proc. c. 7. §. 17.* & inuper hæc pontificiorum praxis e diametro cum primæua confessionis ratione pugnat, quæ unice delicta respiciebat patrata, minime patranda, teste Dn. Böhmer. *adl. loc. in fin.* Deinde (2) ad reuelandum obligatur sacerdos, si de vita innocentis agitur, qui alias forsan indiciis grauatus periclitaretur, e. g. si cædes in rixa commissa, &c. debet tamen reuelatio impersonalis solum esse, Finckelth. *obs. 94.* Brunnem. *proc. ciu. cap. 20. n. 61.* Mynsing. *cent. 5. obs. 41. in fin.* Dn. Præs. *doctr. ff. ad tit. de test. §. 5.*

*Excipiuntur
porro aduo-
cati.*

§. VIII. Hæc de clericis, quos excipiunt *aduocati*, cum & illi sacerdotum dignentur titulo *l. 1. §. 1. ff. de J. & J.* unde prætendunt, & se a necessitate testimonii perhibendi exemptos esse intuitu secretorum a clientibus reuelatorum, ne alias præuaricatores & proditores causæ audiant, Joh. Gutierrez *l. 1. can. quest. c. 11.* & quia moraliter peccare dicitur ille, qui secretum sibi communicatum, & quod in alterius graue præjudicium non tendit reuelat, etiamsi iudex competens illud præcipiat, Berlich. *dec. aur. 101. n. 6.* Ergo & aduocatis exemptio ex communi fere Doctorum calculo hac parte concessa, Ant. Faber. *in cod. lib. 4. tit. 15. def. 19.* Farinac. *de test. q. 60. n. 153.* Matth. Coler. *p. 2. dec. 241.* Campeg. *de test. reg. 58.* idque non solum procedit, si lis adhuc pendet, sed etiam eadem jam finita, quamuis hoc casu

casu in foris Saxoniae contrarium obtinere velit Carpz. *lib. 3. resp. 95.* quod tamen ad eum casum solummodo pertinere puto, si aduocatus ejus rei, cujus intuitu testimonium perhibere debet, jam ante susceptum patrocinium notitiam habuerit, quo collimare videtur sententia Scabinorum Lipsiensium, quam adlegat Berlich. *dec. aur. 101.* ubi ita: ob nun wol die Rechts-Gelehrten in dem einig, daß ein aduocatus wieder seinen clienten zum Zeugen mag angegeben werden; die weil aber dennoch ihr von der Sachen zuvor nichts gewußt, sondern nur dasjenige, was von euren clienten pro informatione facti berichtet worden, zu offenbahren, ihr zum Zeugen angegeben werdet, so möget ihr gestalten Sachen nach Zeugniß zu geben und solches zu entdecken nicht gedrungen werden, u. s. f. Hoc supposito, adsertio Carpzouii nostrae sententiae non repugnat, & ejusmodi aduocatus non ut aduocatus, sed ut alius quilibet testis ad testandum est obligatus. Interim si sententia Carpzouii in Saxonia indistincte procedit, particularis hæc est constitutio, quam aliis in locis non adtendimus, & donec contrarium ibi receptum esse demonstretur, juri communi inhæremus; in *adl. l. f. de test.* enim expresse sancitur, *quod nec patroni in causa, ubi patrocinium præstiterunt, testimonium dicere debeant.* Nam & præter rationes ante adductas, adhuc interesse habent, si non pecuniarium, saltem propter honoris, gloriæ & dexteritatis laudem, unde non admittendi, neque cogendi, B. Dn. Stryk. *U. M. ff. de test. §. 6.* Id quod de praxi cameræ etiam testatur Rulant. *de commiss. p. 2. l. 2. cap. 4. n. 11.* Exceptio tamen erit, si veritas aliter haberi nequit.

§. IX. Quid vero de proxenetis? de quibus etiam *Proxenetæ* disputatum fuisse dicit Græu. *ad Gail. l. 1. concl. 100. conf. 3.* *quatenus liberentur?* Quæritur, an illi ad testimonium perhibendum cogi possint in causis, quibus ratione officii interfuere? si ex communi fere DD. sententia hanc quæstionem decidere volumus, sub distinctione respondendum erit, an partes consentiant, nec ne, priori casu utique coactioni locum esse, secus autem in

posteriori statuunt, adeoque alterutra dissentiēte proxenetam compelli non posse, vid. Ludwel. ad Wesemb. *tit. ff. de proxen. n. 1.* Nicolai. *in proc. p. 1. cap. 59. n. 33* Brunnem. *ad l. 1. ff. de proxen. n. 3.* idque propter præsumptionem lucri vel adquisiti, vel mox acquirendi, *nov. 90. c. 8.* quod nec jure Saxonico immutatum esse dicit Matth. Col. *p. 1. dec. 197. n. 4.* ejusmodi enim homines in sui commodum & exonerationem & pro validitate contractus testificari præsumuntur Carpz. *p. 1. c. 16. d. 71. n. 2.* aliam rationem subjicit Ferdin. Valsq. *noviss. illustr. quest. l. 2. q. 33. n. 2.* ubi dicit: contrahentes hujusmodi mediatoribus atque proxenetis palam atque luculenter animorum suorum sententiam depromunt ac reuelant, minime id facturi, si id omnibus manifestum futurum timerent, cum ergo his mediatoribus suæ consilia non aliter atque confessoribus reuelent, incivile ac iniquum esset, si id ab eodem proxeneta palam & manifestum fieret altero contrahentium invito, eluderetur enim ejus spes ac confidentia. Haftenus Valsquius *ad l. 1.* cujus adductam rationem nos in medio relinquimus. Hodie, quia proxenetæ ut plurimum jurati sunt & publice confirmati, sic ut nulla sinistra in eos cadat suspicio, proxenetam a testimonio dicendo liberum esse non puto, non solum, si negotiis illicitis, v. g. contractibus usurariis, committendæ simoniæ, &c. interfuere, quo casu ipsi etiam DD. alias adserunt, quod cogi possint, Farinac. *q. 60. illat. 16. in f.* idque in poenam, quia ejusmodi contractibus interuenire non debuissent, *l. f. ff. de proxen. nov. 123. c. 2. §. 1.* Menoch. *de A. F. Q. l. 2. cas. 411.* sed quoque in aliis negotiis a lege non reprobatis, cum ad justitiæ incrementum & reuelationem veritatis proxenetarum testimonium quamplurimum conferat, add. Groenw. *de LL. abrog. ad tit. de proxenet. n. 3.*

*Exceptio, si
veritas aliter
haberi non
potest, quomodo intellig.*

§. X. Dum vero aliquoties exceptionis: *si veritas aliter haberi non potest*, mentionem fecimus: non abs re esse confidimus, si breuibus genuinum illius sensum explicemus. Veritatem aliter haberi non posse contingit vel *per se*, vel

vel *per accidens*. *Per se* contingere dicitur, quando natura negotii ita comparata est, ut alii testes, quam privilegiati, haberi nequeant, *c. f. X. de test. cog. Brunnem. ad l. 29. cap. de test. n. 3.* sic v. g. parentes coguntur, ut in causa liberorum testimonium dicant, si quæstio ætatem, vel consanguinitatem concernit, vid. Dn. Böhmer. *jur. eccles. protest. l. 2. tit. 21. §. 6.* quod itidem euenit in factis occultis & antiquis, quæ sua natura plenam probationem non admittunt, vel ita comparata sunt, ut vel ratione loci, vel temporis, alii testes interuenire non potuerint, *c. 5. X. de probat. l. 8. §. 6. C. de repud.* Hujus furfuris in criminalibus sunt hæresis, furtum, adulterium, conjuratio, partus suppositivus, &c. Menoch. *de arb. J. Q. l. 2. cas. 116.* item *de præsumt. l. 1. q. 58.* in ciuilibus autem gesta in collegio, loco occulto, capitulo & congregationibus clericorum, ubi soli canonici conuenire solent, &c. *Per accidens* vero veritatem aliter haberi non posse dicitur, cum negotii qualitas non resistit, quo minus habiles adesse potuissent, sed per accidens euenit, ut non nisi privilegiati adfuerint. Hoc casu privilegiati cogi non possunt, ut quidem priori, Mascard. *de probat. l. 3. concl. 1359. n. 9.* Hahn. *ad Wesemb. de test. in f.* vid. pluribus Trentacinq. *resolut. 10. per tot.* Exc. Böhmer. *ad l. B. Stryk. U. M. ff. de test. §. 2.*

§. XI. Præter personas recensitas, quæ a testimonio dicendo vel in totum, vel in certis casibus exemptæ reperiuntur, dantur & aliæ, quæ non quidem a necessitate testandi se excusant, sed hoc solummodo prætendunt, quod jure muniti coram judice comparere & viua voce testari non teneantur, sed judex ad eos domum mittere, ibique testimonium eorum rogare debeat, juxta *l. 15. ff. de jurejur. nou. 124. §. 1.* Videamus ergo, quibusnam personis ejusmodi jus singulare in legibus concessum.

§. XII. Primo occurrunt personæ egregiæ in *l. 15. ff. de jurejur.* siue illæ, quibus ex ipsa juris autoritate dignitas inest, ut loquitur Bart. in *l. 1. C. de advocat. diuers. jud.* id namque honoris tributum est dictis personis, ut suscipiendum
Alii a testimonio dicendo ratione comparitionis in judicio liberantur.
(1) personæ egregiæ ob l. 15. ff. de jurejur.
 exa-

*hujus legis
quædam ad
ducuntur li-
mitationes.*

examen sit cum minimo ipsorum incommodo. Licet enim sint, qui cum Panorm. *in c. si quis testimon. X. de testib.* & aliis, quos Beust. *in d. l. n. 33.* recenset, hanc fouent opinionem, subesse arbitrio judicis, an testes egregios ad comparitionem adstringere, siue ad illos domum mittere velit, unde sequeretur, quod priori casu sine nota contumaciæ emanere non possent, hanc tamen sententiam, utpote quæ nullo juris nititur fundamento, omnino rejicimus. Dictum priuilegium enim in fauorem egregiarum personarum unice introductum, minime vero in fauorem judicis, qui propterea id ipsum illis inuitis adimere nequit, conf. Farinac. *de test. qu. 77. n. 23.* Interim tamen notandum, prædictam legem interdum suas pati limitationes, sic v. g. (1) nihil impedit, quo minus judex majoris dignitatis illam egregiam personam, quæ tantum certo respectu, aut certo quodam loco pro tali habetur, & judice citante longe inferior est, ad testimonium in judicio dicendum citare possit, cum ejusmodi persona vere egregia non sit, adeoque nec priuilegium istud ad eandem pertineat, etenim in *d. l. 15.* saltem intelliguntur personæ, quæ καὶ ἀλλήθειαν & ubiuis in numero egregiarum personarum habentur, non vero illæ, quæ limitate, certoque duntaxat in loco, puta in illo, in quo citantur, egregiæ dignitatis poppysmo demulcentur. Secunda limitatio erit *in criminalibus*, quippe ubi priuilegium illud plane cessat, & persona, quamuis maxime egregia, comparitionem in loco judicii veritatis oretenus detegendæ gratia denegare nequit, idque ob maximam diuersitatis rationem, quæ inter causas ciuiles & criminales intercedit, siquidem in illis saltem de priuato interesse, *arg. §. 10. f. de injur. l. f. ff. de priu. delict.* in his vero de vindicta publica quæstio est, *arg. dd. ll. junct. l. 9. § 5. ff. de publ. & vect. C. C. C. art. 173.* Accedit, quod quandoque confrontatio rei cum testibus necessaria sit, Tabor. *de confrontat. th. 9. seqq.* Carpz. *pr. crim. quæst. 114. n. 57. seqq.* quæ confrontatio in judicio fieri debet & hinc ex communi DD. sententia hujus priuilegii adlegatio in causa cri-

criminali, siue per viam accusationis, siue inquisitionis proceditur, effectu destituitur. vid. Iul. Clar. l. 5. *sentent. quæst.* 26. n. 2. Farinac. *quæst.* 77. n. 235. Vngepauer. *ad decret. tit. de test. n. 27.* Vmm. *ad process. disp.* 16. n. 53. Dictum priuilegium locum non habet (3) *in causis ciuilibus arduis*, in quibus iudex comparitionem personalem iniungere potest, Farinac. *ad l. n. 238.* modo secundum τὸ σέβας id fiat modeste, v. g. per literas, & interdum addita clausula: für meine Person dienstlich ersuchende. Demum (4) *causæ matrimoniales* in specie exceptionem faciunt: si vlla enim vnquam causa ardua maximique momenti dici poterit, hæc certe matrimonialis erit. Conf. Carpz. *iurispr. consist. l. 3. t. 4. def. 46. n. 4.* De causis ciuilibus arduis hoc generaliter addo, quod illæ causis criminalibus æquiparentur, Gail. l. 2. *obs.* 94. n. 1. adeoque & matrimoniales in specie eiusdem generis & maximi momenti sint.

§. XIII. Quæritur iam, *quinam adpellatione egregiarum personarum veniant?* Apud Romanos ad hanc classem pertinebant, qui ex ordine senatorio erant, & subdiuidebantur in *super-illustres*, siue *illustrissimos*, in *illustres*, *spectabiles*, & *clarissimos*. *Illustrissimorum*, siue *super-illustrum* nomine veniebant consules, præfectus prætorio, præfectus vrbi, magister militum, quæstores & patricii, nou. 104. l. 3. §. viros. C. *ubi senat. vel clariss.* *Illustres* dicebantur comites sacrarum largitionum & comites sacri patrimonii, Cuiac. in l. 64. in pr. C. *de decur. l. 1. pr. C. de aduoc. diuers. iudic.* *Spectabiles* erant, qui medii inter illustres & clarissimos, nou. 7. in f. videlicet proconsules, præfectus augustalis, comites orientis, &c. d. nov. 7. l. un. pr. C. *ut omn. iud. tam ciuil. quam crim.* Et deinde sequebantur *clarissimi* in specie sic dicti; quamuis enim omnes, quos modo recensuimus, sub nomine clarissimorum etiam venirent, arg. nov. 71. add. Cuiac. in paratit. ad tit. C. *de tutor. & curator. illustr. vel clariss. person.* speciali-ori tamen sensu clarissimi dicebantur præfides & consulares, nou. 23. c. 4. §. *sed a præf. l. vn. §. ipse enim. C. ut omn. iud.*

Recensentur
personæ egre-
giæ, tam de
iure Romano

quam praxi
moderna.

§. XIV. Hi ergo de iure Romano per supra *adl. l. 15. ff. de iureiur.* a necessitate comparitionis in iudicio liberabantur. Mutato vero hodie antiquæ Romanæ reipublicæ statu ac facie, hæc vtiliter ad *maiores magistratus* in singulis provinciis & ciuitatibus adplicantur, qui tamquam personæ egregiæ adhuc eodem gaudent iure; quod tamen extra territorium, in quo tali dignitate pollent, minime extendendum, si non ex alio capite ab hac necessitate eximantur. Gaudent etiam apud nos dicto priuilegio *comites, barones, nobiles*, & qui his altiori dignitatis splendore præfulgent. Nullam vero hic differentiam inter nobiles mediatos & immediatos agnoscimus. Quamuis enim sint, qui respectu mediatorum dubium hic mouent; Rulant. *de commiss. p. 2. l. 2. cap. 5. n. 11.* Coler. *de proc. exec. p. 1. c. 6. n. 131.* indistincte tamen illa nobilibus competere, recte docent Setser. *de iuram. l. 3. c. 7. n. 7.* & Menoch. *de A. F. Q. l. 2. cas. 70. n. 11.* Honor enim iste ex mera dignitate personæ colligitur, qua quisque nobilium claret, *DD. cc. 11.* Et dictum priuilegium in dubio obtinet, nisi per specialem prouinciæ constitutionem ipsis illud ademptum fuerit, quale quid in prouinciis Saxonie occurrit, vbi personæ illustres, *Grafen, Freyherren, &c.* æque ac alii in iudiciis iurare tenentur, hac sola obseruata differentia, quod illorum respectu actus iurandi in curia suprema Lipsiensi in conclauis peculiari, in *der Audiens Stuben*, expediatur, cum reliqui omnes, cuiuscunque sexus sint, virgines & mulieres, in confesso adfessorum, in præsentia aduocatorum & amanuensium iudicii portis vndique apertis iurare soleant, Möller. *lib. 4. semestr. cap. 20.* Carpz. *lib. 3. resp. 62. n. 18.* & in *proc. tit. 11. art. 3. n. 94.* Deinde locum sibi hic vindicant *doctores*, siue *nobiles togati*, prout ex sententia Iacobi Benii *de priuileg. Ictorum in proem.* adpellari merentur, qui nobilitate doctrinæ & eruditionis coruscant, & nobilibus etiam quoad usum vestium, ornamentorum, v. g. catenarum, aureorum annulorum &c. æquiparantur in *reformat. polit. de A. 1548.* item *Rudolphi II. de A.*

A. 1577. tit. 12. von Doctorn. Imo horum dignitatem & nobilitatem tantam esse, vt, licet comitissa doctori nubat, non dicatur sua conditione inferiori nupsisse, tradunt Salycet. in *l. 7. C. de postul.* Hermes. in *fascicul. iur. publ. c. 33. n. 164.* Quamobrem nec ipsi maximi principes eorum purpuram detrectarunt, quorum exempla referuntur in *dem Durchl. Regenten=Saal p. 54.* qui, & ipsum papam Innocentium VI. iuris vtriusque doctorem fuisse, testatur; conf. Martini *orat. solemn. de nobilit. quæ lit. adquir.* Wurmser. in *obs. pract. tit. 1. de iudic. obs. 14.* Farinac. *de test. quæst. 77. n. 5.* Iason in *d. l. 15. de iureiur.* huc etiam *licentiatos* refert, vtpote qui in fauorabilibus pro DD. habentur, Alciat. *ad l. 57. ff. de V. S. Ricc. p. 2. resol. 467.* Nolden. *de stat. nobilitat. c. 5. n. 58.* Beuft. *ad d. l. 15. ff. de iureiur. n. 10. §. II.* Tandem inter personas exemptas recensentur quoque ratione sexus *foeminae & matronæ*, non solum *nobiles*, Nicol. *proc. p. 1. c. 57. n. 14.* sed quælibet, quæ honestatis & pudicitiae decore fulgent; nulla enim in *c. mulieres 2. de iudic. in 6.* vnde fundamentum huiusce privilegii peti solet, inter nobiles, aut alias honestiores foeminas differentia reperitur, sed ibi generaliter ita sancitur: *Sed cum necessarium fuerit eorumdem testimonium, iudex tabel lionem, aut aliam quandam personam idoneam ad eas transmittat,* iung. *l. 2. §. 1. pr. C. de iureiur. propt. calumn. nou. 124. §. 1.* Ratio huius dispositionis præter dignitatem potissimum quoque in naturali illa verecundia consistere videtur, quæ in publicum prodire, & virili consortio temere se adsociare, atque ad iudicem, varia hominum turba vt plurimum stipatum, venire, sequiori sexui vix ac ne vix quidem permittit. Interim quænam foeminae, & in quibus causis, hoc privilegium cum effectu adlegare queant, prudentis iudicis subest arbitrio, qui non male aget, si hic vrgentibus circumstantiis se faciliorem erga foeminas, quam quidem erga masculos præbet. Inter personas ecclesiasticas *episcopi* privilegium personarum egregiarum prætendunt per textum in *nou. 123. c. 7.* vid. Farinac. *qu. 77. n. 211.* Menoch. *de A.*

J. Q. cent. 1. cas. 70. n. 5. item abbates, Rulant de commiss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 9. presbyteri, diaconi & ceteri clerici, Setser. de iuram. l. 3. c. 7. n. 5. Farinac. c. l. Umm. de proc. disp. 14. n. 59. quorum intuitu tamen totam rem ab arbitrio iudicis dependere existimamus, quandoquidem propter rerum publicarum statuumque diuersitatem illi non semper in classem egregiarum personarum referuntur. Menoch. de A. F. Q. l. 8. cas. 7. n. 2. § n. 11. Meu. p. 5. dec. 237. in fin. Hillig. ad Donell. l. 24. c. 22. cit. k.

(2) Porro
excusantur
senes.

§. XV. Porro a comparitione personali in specie excusantur *senes* § qui *ætatis decrepitæ sunt*, c. 8. X. de test. ibique Richter. n. 11. unde etiam Cicero in *Verrem* ad hanc excusationem prouocat, vbi ait: *Lollius ætate impeditus ad testimonium dicendum venire non potuit.* Romani enim senectutem semper venerabilem existimabant, & pene eundem honorem senibus, quam magistratibus tribuebant. l. 5. ff. de iur. immun. Cui accedit, quod senes plerumque valetudinarii sint, & ægrois æquiparentur, vnde comicus senectutem per se ipsam morbum naturalem esse testatur, add. Menoch. de A. F. Q. lib. 2. cent. 1. cas. 6. n. 8. Sed quinam vocantur senes? DD. hic dissentiunt. Alii illos pro talibus habent, qui 60 vel 70 annorum sunt, vid. Rosbach in proc. tit. 49. n. 4. Rösig in proc. c. 85. n. 2. quæ ætas in hac materia determinata in Bohemia per nouell. imp. Ferdinandi III. lit. Bb. art. 17. in verb. *Ein Mann bey 60. Jahren.* Alii senes vocant eos, qui sunt 70 vel 100 annorum, vid. Speculator lib. 1. p. 4. tit. de test. §. 2. n. 6. vel, qui ad annum 70 vergunt, licet illum nondum compleuerint, Coler. ad c. 5. X. ut lit. non cont. n. 3. Alii denique iam illos pro senibus habent, qui 50 annum adimpleuerunt, Old. ad cons. 93. n. 20. Thom. Grammat. dec. Neapolit. 34. n. 4. idque propter glossam in c. 1. de celebrat. miss. quam computationem praxis cameræ quoque recepit, Gail. lib. 1. obs. 92. n. 7. Rulant. de commiss. p. 2. l. 1. c. 6. n. 2. Nos cum Gailio adl. libr. 1. obs. 92. n. 7. & Mascard. concl. 1302. decisionem arbitrio iudicis relinquimus, dum, pro ratione ac diuersitate personarum & circumstantiarum, nulla

la certa in uniuersum præscribi potest regula; Abb. in cap. requisit. 17. n. 4. X. de sponsal. Harpr. ad rubr. inst. de nupt. n. 138. præcipue ubi LL. certum quid, ut in substrata nostra materia, non determinant. In Saxonia senes hoc respectu dicuntur, qui 70 annis maiores, prout illud patet ex responso Scabinorum Wittebergensium, apud Berlich. p. 1. decis. 116. ubi ita pronunciatum: Daß zu Georg Bauern wegen seines hohen Alters auf Producenten Unkosten billig der geschworne Gerichts-Notarius abgeordnet werde, von welchem er, dem am 12. Julii A. 1618. publicirtem Urthel zu Folge, vermeydet, und auf die Beweis-Artickel abgehöret wird, conf. Richter. ad c. 8. n. 11. X. de test. Menoch. libr. 2. A. F. Q. c. 1. cas. 6. n. 8. seqq. Rulant. de commiss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 1. seqq. Interim facile concedimus, quod eo casu, quando testes abiectæ fortis sunt, v. g. rustici, &c. & nullo morbo detinentur, sic, ut coram iudice semet sistere possint, iudex præcise non sit obstrictus, ut commissarium, vel alium mittat, qui ædes ipforum, firmum, ne quid grauius dicam, redolentes, adeat, & cum iactura temporis & sumtuum singulos examinet; sed tunc testis ad iudicium citatus, & venire recusans, contumaciæ poenam incurrit: de qua praxi itidem testatur Rulant. adl. l. n. 6.

§. XVI. Denique a comparitione personali excusantur valetudinarii & qui morbo impediuntur, c. 8. X. de test. Richter. ibid. n. 10. Fundamentum huius priuilegii in iure ciuili reperitur in l. 15. ff. de iureiur. Sunt autem valetudinarii, qui graui & fontico morbo laborant, nec sine euidenti periculo semet aeris intemperiei exponere possunt, siue, ut dicit Julianus in l. 60. ff. de re judic. morbus fonticus etiam inuitis litigatoribus ac iudici diem differt; fonticus autem morbus existimandus, qui cuique rei agendæ impedimento est. Scilicet vita hominum inæstimabilis, l. 1. in f. ff. de bon. eor. qui ant. sentent. sibi mort. consciu. nec ipsa pietas iudicis permittit, ut, quod illi conseruandæ inseruit, inuertatur, Vmm. ad proc. disp. 16. th. 8. Quo autem iudici de veritate & statu

ægroti testis constet, attestatum medici producendum est, quod ad eiusmodi valetudinem aduersam probandam sufficit, vid. Martin. *ad O. P. S. p. 5. tit. 27. §. 1. n. 18.* Swenden-
dorf. *ad Fibig. p. 2. c. 2. membr. 2. sect. 1. §. 4. reg. 13. n. 680.* ubi
etiam, quibus formalibus examinatio domestica, vel a produ-
cente, vel plerumque ab ipso teste petatur, una cum ipso
pronunciandi modo inuenies. Ceterum cum aliquoties ob-
seruatum, quod commissarii, a parte aduersa ut plurimum cor-
rupti, semet excusarint, se valetudinarium & ægotantem
adire non potuisse, sub prætextu, quod morbum vereantur,
utilissima est cautela, quam suggerit Rulant. *de commiss.*
p. 2. l. 2. c. 5. n. 25. ut producens ab initio statim per sup-
plicas iudicem adeat petatque, ut commissoriali verba inse-
rantur: Daß denen bewilligten Commissarien hiermit von Ge-
richtswegen Befehl gethan wird, die ernennete Zeugen, so Kranck-
heit halben nicht vor Gericht kommen mögen, in ihrer Behau-
fung zu beeyndigen, und zu verhören, id quod in camera imperia-
li aliquoties haud incassum practicatum fuisse, testatur
Rulant. *de commissar. adl. l.* Exceptio tamen & hic erit,
si pestis aut alius morbus contagiosus grassatur, tunc enim,
licet eiusmodi clausula adiecta fuerit, commissarium tamen
ad perficiendum examen obligatum non esse, nemo fa-
cile dubitabit. Eiusmodi valetudinariis de praxi etiam ad-
sociantur *mulieres prægnantes & partui vicinæ*, Pacian. *de*
probat. lib. 2. c. 4. n. 6. quæ pariter domi examinandæ, idque
ob summum fauorem, quem partui iura concedunt, *arg. l.*
7. ff. de stat. hom. & ne factum matris noceat ei, qui in
utero est, *arg. pr. inst. de ingen.* unde etiam *puerperas*, si
ob periculum in mora, durantibus adhuc consuetis illis
sex septimanis, testimonium perhibere obstringuntur, pri-
uatum examen in ædibus suis cum effectu petere posse
existimo. vid. Vmm. *de process. adl. l. th. 8.*

quibus adso-
ciantur præ-
gnantes &
partui vicinae.

CAP. V.
DE
POENIS TESTIVM CON-
TVMACIVM.
CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Conspectus totius capituli, §. I. intuitu iuris civilis poena testium contumacium ex LL. XII. tabularum adducitur. De iure recentiori obtinet pignorum captio, multæ indictio, §. II. de territione & tortura in criminalibus, §. III. personæ, quæ a tortura liberantur, adducuntur, §. IV. an hoc referendi DD. & aduocati? §. V. quid de clericis? §. VI. infames num indistincte torquendi? disquiritur, §. VII. quid de iure canonico notabile? §. VIII. quid tandem de praxi? §. IX.

§. I.

IN materia de poenis testium contumacium, quam hoc *Conspectus huius capituli.* capite coronidis loco paucis exponere animus est, tria potissimum ab inuicem separanda veniunt; scilicet (1) considerandum, quænam in testes contumaces de iure civili & Romano constitutæ poenæ reperiantur? (2) quid de iure canonico obtineat? & denique (3) quid in praxi tam cameræ imperialis intuitu, quam ceterarum prouinciarum occurrat? Apud alios quidem populos variæ etiam poenæ constitutæ erant, ita v.g. apud *Aegyptios*, teste Diodoro Siculo *l. 1.* qui præsentibus fuerant, cum homicidium, aut furtum committeretur, ni reum indicarent, virgis cædebantur, & tridui fame puniebantur; item ex lege Solonis in contumaces mille drachmarum statuta erat poena: *Lauterb. coll. theor. pract. ad tit. de testib. §. 39.* Verum ea in præsentibus ad nos non pertinent.

§. II. Primo itaque de iure civili Romano videbimus, *Quid de iure civili?* ubi varias coerciones & ignominias testium contumacium inuenimus. *Ignominias* idico, illas enim de iure antiquo itidem adiectas fuisse, patet ex antiquissimis LL. XII. *Poenæ testium contumacium ex LL. XII. ad- tabb.* tabularum, ubi sancitum erat, quod testis negotio alicui

ex iure recentiori pignorum captio.

multæ indictio.

Territio & tortura.

adhibitus, si deinde super illo testari nolebat, improbus & intestabilis, adeoque infamis fere habebatur, Ræuard. *ad LL. XII. tab. c. 10.* Dum vero hæc poena rigorosa de iure Romano recentiori non obtinet, ad alias progredior, quæ tamen singulæ ab arbitrio iudicis dependent, cum nulla certa in iure civili poena determinata reperiatur. Ut plurimum mandata poenalia decernuntur contra testes, iique captis pignioribus coercentur, conf. *l. 3. §. 9. ff. de tab. exhib. l. 22. l. si quando C. de testibus.* Quin per pignorum captionem iudex contemtam suam auctoritatem tueri possit, non est, quod dubitemus, *arg. l. un. ff. si quis jur. dic. non obtemp. l. 2. C. de execut. rei iud.* Pignora capta in iudicio adseruantur, donec testis ad testimonium dicendum compareat, si vero ulterius comparere detrectat, illa in contumaciam vendenda, & multæ fisco applicandæ veniunt; Gail. *de arrest. cap. 10. n. 22.* imo si bona pignoris nomine capta talia sint, ut seruando seruari nequeant: iudex illa statim vendere potest, & pretium in iudicio deponitur. v. Jul. Clarus *proc. crim. §. fin. qu. 44. n. 3.* Pignorum captionem excipit multæ indictio, quam de iure civili ad testium coercionem adhibitam fuisse, DD. *ad tit. de test.* unanimiter adserunt, per textus apud Lauterb. *coll. theor. pr. de test. §. 37.* adlegatos, quibus experientia fori, optima illa legum ac iurium interpres, calculum adiicit, quamvis nec hic certa quantitas multæ de iure Romano determinata reperiatur, sed ea determinatio prudentiæ iudicis relinquatur. Hodie in diuersarum prouinciarum statutis hoc casu certa poena pecuniaria definita reperitur; de qua materia videri possunt constitutiones prouinciales & statuta, quæ supra *cap. I. §. penult* adduximus.

§. III. In hisce vero poenis postea iura non substiterunt, sed contumacia crescente poenæ itidem creuere, dum testibus contumacibus, pro grauitate causæ & conditione personarum, non tantum iniectio manus, siue carcer, excell. Dn. Böhmer. *iur. eccles. prot. l. 2. tit. 21. §. 5.* Riuin. *enunc. jur. tit. 22. enunc. c. 1.* sed & præfracta exigente ulteriori contumacia-

tumacia territio primo, postea vero & ipsa tortura dictitata, l. 15. l. 18. §. 3. ff. de quæst. l. 21. §. 2. ff. de test. nou. 90. c. 1. Ego quidem illarum sanctionum æquitatem in præsentem non impugnabo, interim tamen hoc certum est, quod iudex nimis facilis esse non debeat, & hinc ille ad remedium illud valde exorbitans deuenire nequeat, si uilla adhuc spes superest, quod veritas alio modo minus violento detegi possit, *a tormentis quippe non esse incipiendum, D. Augustus constituit*, inquit Ulpian. in l. 1. ff. de quæst. Requiritur ergo, antequam ad torturam procedi potest, (1) *ut veritas nullo alio modo erui possit*, id quod jurato olim adseuerare debebat actor, seu accusator, l. fin. C. de quæst. non vero hodie, Zanger. de tortur. c. 2. n. 3. (2) testes torquendi non sunt conuincendi mendacii & veritatis causa, *nisi cum facto interfuisse dicuntur*, inquit Ictus in l. 18. §. 3. ff. de quæst. veluti si deposuerint, se facto interfuisse, & tamen nihil vidisse, aut si negauerint, se facto interfuisse, postea vero mendacii conuicti sint, Zanger. de tortur. c. 1. n. 11. Francisc. Brun. de indic. p. 2. qu. 4. n. 5. & 15. aut in testimonio dicendo vacillaauerint, l. 15. pr. junct. l. 18. §. 5. ff. de quæst. (3) requiritur, *ut causa sit ardua & criminalis*, (4) *ut testes vilioris sint conditionis*. Hisce igitur quatuor requisitis concurrentibus testes contumaces torturæ subiici posse nullus dubito, prout etiam Scabinos Wittenbergenses pronunciaſſe testis est Carpz. pr. crim. qu. 119. n. 51. Hat sich M. P. in injurien Sachen N. N. betreffend, ungeachtet er dabey gewesen, Zeugniß zu geben verweigert, dahero ihr ihn in gefängliche Haft legen lassen, da nun bemeldeter M. sich dessen ferner verweigern würde, so würde er zur deposition durch härter Gefängniß, darinnen er 8 Tage lang mit Wasser und Brod gespeiset wird, Zeugniß zu geben angehalten, mit dieser ausdrücklichen Verwarnung, daß in fernerer Verweigerung seine richtige Aussage auff die Beweis Articul woll durch den Scharffrichter aus ihm gebracht werden soll, B. R. W.

§. IV. Dum vero præc. §. dictum, quod testis vilioris *Quinam*

L

con-

a tortura ex-
anti?

conditionis esse debeat, si torturæ subjiciendus, quæritur: quomodo hoc intelligendum, & quænam dignitas a tortura liberet? Apud Romanos propter dignitatem torturæ subjici non poterant (1) *qui ex ordine senatorio erant*, de quibus supra *cap. IV. §. XIII.* alia occasione pluribus egi. Apud nos huc spectant personæ illustres, principes, duces, comites & barones, qui a seuera illa indagatione, quæ per tormenta fit, merito liberantur, *Jul. Clar. l. 5. sentent. §. ult. quæst. 64. n. 17.* (2) De jure Romano a tortura liberantur *militēs. l. 8. pr. C. de quæst. l. 4. C. ad l. Jul. maj. l. 3. §. 1. ff. de re milit.* apud Romanos enim militia inter dignitates indistincte referebatur, quia illi milites nobilibus adnumerabant, *P. Castren. l. 2. cons. 125.* & statui plebeio opponebant, *l. 8. l. 11. C. de quæst.* Num vero milites nostri hoc exemptionis jure fruuntur, uniuersaliter adfirmare non audeo. Quamuis enim videri posset, quod, dum & hodiernum eadem pericula sustinent, etiam iisdem juribus gaudere debeant, uti alias argumentatur Ulpian. *in l. un. ff. de bonor. poss. ex test. milit.* apud nos tamen ad dignitatem principaliter respicitur, unde priuilegio exemptionis illi saltem fruuntur, qui in eminentiori dignitate constituti, v. g. centuriones, capitanei & similes, minime vero milites gregarii, alique, qui sese milites quidem profitentur, a virtute tamen prorsus alieni sunt, quos lepide describit *Carpz. pr. crim. qu. 118. n. 74.* Atque de his intelligendus est *Zanger. de quæst. & tort. c. 1. n. 58.* quando dicit, quod jus de non torquendis militibus in Germania non obtineat. Tertium locum sibi vindicant *nobiles*, hi enim ad testimonium requisiti, licet contumaces sint, a tortura tamen liberantur, idque partim ob textum *l. 4. C. ad l. Jul. majest.* in qua impp. nullam omnino, cui fidicularum tormenta inferuntur, militiae, vel generis, vel dignitatis defensione uti prohiberi rescripserunt: partim quia tormenta plebejorum tantum esse dicuntur in *l. 11. C. de quæst.* quibus nobiles contradistinguuntur, vid. pluribus *Matth. Coler. de proc. execut. p. 2. c.*

3. n. 76. Matth. Wefembec. *parat. ff. de quæst. n. 10.* Jul. Clarus *l. 5. sentent. §. ult. qu. 64. n. 19.* Accedit, quod nobiles, si non majorem, parem tamen dignitatem cum illa habere censeantur, in qua olim milites & decuriones constituti erant, Andr. Tiraquell. *de nobilit. cap. 19. 20. & 21.* ubi hanc quæstionem late ventilat. Si ergo milites & decuriones veniam a tormentis mereri dicuntur in *l. 8. pr. l. decuriones, 16. C. de quæst.* multominus nobiles fidiculis subjiciendi erunt, Zanger. *de quæst. & tortur. cap. 1. n. 72. & 73.*

§. V. Dum vero impp. Leo & Anthemius in *l. aduocati, 14. C. de aduoc. divers. jud. rescribunt.:* non solum eos militare, qui gladiis, clypeis, thoracibus nituntur, sed etiam aduocatos, cum laborantium spem, vitam & posteros defendant; quæritur: an privilegium, quod milites a quæstionibus eximit, etiam ad doctores & aduocatos extendendum? Mihi quidem adfirmatiue respondendum esse videtur, quia dictæ personæ itidem in eorum classem referuntur, qui plebejorum ordine exempti, ut enim nobiles ob genus, sic DD. ob dignitatem a plebe separati sunt, inquit Zanger. *d. c. 1. n. 78.* ob stare quidem videtur *l. 1. C. ubi senat. vel clariss.* ubi expediti juris esse censetur, reatum omnem honorem excludere, unde etiam in Gallia interdictum esse aduocatis, ne adlegent jura de non torquendis nobilibus & DD. testantur Rebuff. *in auth. habita C. ne fil. pro patr.* item Aufrer. *in styl. parlam. arrest. 16.* idque in tantum, ut neque comiti, neque baroni, neque doctori parcatur; sed omnes æque torqueantur, Ant. Faber *in cod. tit. de quæst. def. 13.* id quod etiam apud Venetos, & per totam Italiam ita obtinere adserit Franc. Cason. *tract. de torment. cap. 10. n. 13.* hisce tamen non attentis in adfirmatiua adhuc hæreo, *cit. l. 1.* enim hoc tantum innuit, quod senatores & clarissimi forum declinare non possint, si in prouincia deliquerint, sed æque ut alii intra prouinciam publicis legibus subjiciantur, *d. l. 1. junct. inscript. & tit.* Et si igitur reatus omnem honorem

An etiam
DD. & ad-
uocati?

excludat, scilicet quoad fori competentiam & poenam; non tamen ita excludit honorem, ut cum adcusentur clarissimi, statim quæstioni subijciendi sint, quia hæc duo simul stare possunt, ut quidem poenis subijciantur, illis tamen intuitu torturæ parcatur. Nostræ sententiæ adhuc accedit, quod DD. nobiles dicantur, *l. 2. §. ult. ff. de excusat. tut.* item nobilissimi *l. 4. in f. ff. ecd.* Tiraquell. *de nobilit. cap. 5. n. 3.* quod dignitate floreat, *c. quanto X. de magistr.* ac inter egregias personas connumerentur, Jac. Menoch. *de A. J. Q. l. 2. conf. 70. n. p.* Anton. Gomez. *variar. resolut. tom. 3. c. 13. n. 3.* Ægid. Boss. *tit. de indic. n. 1.* & tandem clarissimi vocentur in *l. 4. §. 1. C. de advoc. divers. jud.* de quibus notum, quod tormentis subijci non possint, *l. 10. C. de dignit.* Licet igitur adserat Colerus *de proc. execut. p. 2. c. 3. n. 156.* se nemini autorem fore, quod illis juribus de non torquendis nobilibus & DD. nimium fidat; nos tamen regulam formamus juri conformem: doctores, nobiles, & alios in dignitate eximia constitutos a tortura esse immunes, & quicunque exceptionem alicubi prætendunt, illam probare tenentur, quod certe in nostro casu, ubi saltem de perhibendo testimonio quæstio agitur, difficillimum fore existimo.

Quid de clericis?

§. VI. Sed quid de clericis sentiendum, an illorum dignitas tanta, ut illos a tortura liberet? Quod cogi possint, & quatenus hoc fieri queat, de eo supra dictum, & quemadmodum, illos mandatis poenalibus ad testimonium dicendum compelli posse, simul demonstratum: ita quoque & clericos refractarios æque ac alios exigente ita necessitate torqueri posse existimo, idque per *nov. 123. c. 20. & auth. presbyteri. C. de episc. & cler.* ubi diserte statuitur, quod clerici verberibus cædi possint, unde consequens resultat, quod etiam torturæ locus sit, qui enim torqueri non potest, nec fustibus castigandus, *l. 15. C. de quæst. l. 3. C. ex quib. caus. infam. irrog. l. 28. ff. de poen.* Id quod porro exinde etiam

iam probatur, quod in *l. 8. C. de episc. & cler.* presbyteri saltem excipiantur, non vero ceteri clerici, ita enim Theodosius imperator A. Paulino in *d. l.* rescribit: *presbyteri citra quaestionis injuriam testimonium dicunt, ita tamen, ut falsa non simulent. Ceteri vero clerici, qui eum deinde gradum sequuntur, si ad testimonium dicendum petiti fuerint, prout leges praecipunt, audiantur.* Idem de magistris philosophiae & studiosis refert Carpz. *pr. crim. qu. 118. n. 98.* illudque postea *n. 102. & 103.* praejudiciis confirmat, quod scilicet magistro philosophiae, ut & studioso a Scabinis tortura dictata fuerit, add. Boler. *de quaest. & tortur. cap. 4. n. 72.* Aegydt. *Bass. tit. de tortur. test. n. 6.* Foller. *in prax. crim. canon. p. m. 259. num. 6. seqq.*

§. VII. Dum vero Arcadius in *l. 21. §. 2. ff. de test.* unice systa-
 ticos & apodycticos siue testes omni exceptione majores ad
 testimonia requirit, infames autem, vel plane rejicit, vel sal-
 tem in casu, si alii testes haberi non possunt, non tamen nisi
 sub tortura his verbis admittit: *si earum conditio sit, ubi are-*
narium testem, vel similem personam admittere cogimur, sine
tormentis testimonio ejus credendum non est, & DD. inde com-
 muniter concludunt, quod iis casibus, ubi infamis jure per-
 mittente ad testimonium admittitur, fides ei sine tormentis
 adhiberi non debeat, quo etiam pontifex prouocat in *c. 7.*
l. 2. qu. 1. in fin. dicens: *multae leges sanciunt, ut vilissimis te-*
stibus sine corporali discussione credi non debeat, quaeritur in-
 de: quomodo & quatenus hoc procedat? ex mea quidem
 sententia illud indistincte admittere non possum, quia i-
 psam aequitatem hic obstare existimo, tortura enim non nisi
 in subsidium eruendae veritatis decernenda, nec aliter ad-
 hibenda, nisi absque modo violento veritas haberi nequeat.
 Adeoque potius *arg. nou. 90. c. 1.* ubi circumstantia adjici-
 tur, si forsan suspicio corruptionis adfuerit, quod etiam
 confirmari videtur in *l. 13. C. de test.* existimarem, non abso-

*Infames tes-
tes an indi-
stincte tor-
quendi?*

luxe illud admittendum esse, ut infames & vilissimi testes torturæ indistincte subjiciantur, sed hoc tum demum fieri posse, si gravitas causæ ita postulat, & veritas absque iis aliter haberi nequit, & insuper suspicio falsi & corruptionis adest, quod veritatem fateri nolint, ut adeo tormenta fidem per se non faciant, sed hoc tantum operentur, ut a suspecto fides eo facilius erui possit, Tabor. *de tortur. c. 5. n. 58. & 59.* Huc potissimum spectat, si testes vacillant, aut variant, de quibus tamen constat, quod aut actui interfuerint, aut ejus notitiam habeant, Carpz. *prax. crim. qu. 119. n. 46. seqq. add. Sebast. Gauzzin. de defens. reor. defens. 19.* Et hic adplicari possunt constitutiones canonicæ, quod testes saltem monendi & suadendi, non vero regulariter cogendi sint, nisi ubi alia probatio deficit, aut testes ex gratia, odio, metuue testimonium ferre recusant, *c. 1. 4. 5. X. de test. cog.*

Quid de jure canonico?

§. II. X. Haftenus de jure civili. Jus canonicum quod attinet, illud saltem generaliter hic monuisse sufficiat, quod poenæ juris civilis ibi pleræque confirmatæ reperiantur, aut certe illis derogatum non sit, sed hoc saltem additum, quod laici censuram ecclesiasticam patiantur, juxta *c. 1. 4. seqq. X. de testib. cog. cap. fin. X. eod.* clerici autem suspendantur ab officio, & beneficio, & in eadem perseverantes contumacia excommunicentur, *c. 2. X. de test. cog. add. Excell. Dn. Böhmer. jur. eccles. protest. l. 2. tit. 21. §. 3.* Quod si falsum testimonium dixerint clerici, presbyteri in causis pecuniariis a diuino mysterio per tres annos separati monasteriis pro tormentis traduntur, in causa criminali autem clericatus honore nudati legitimis poenis adficiuntur. Ceteri vero clerici communi jure ab officio ecclesiastico repulsi sine delectu causæ verberibus coërcentur, vid. Mülleri disput. *de test. cleric. c. 41. n. 27.*

Quid tandem

§. IX. Quoad jus Germanicum antiquum in capitulari-

laribus Caroli M. l. 3. leg. 45. sub titulo *de mannitione* (id est, *de praxi, sive* citatione) *secundum legem ad mallum* ita dispositum erat: si *antiqua* quis ad mallum legitime mannitus fuerit, & non venerit, si eum funnis faumnis, siue legitimum impedimentum non detinuerit, quindecim solidis culpabilis dijudicetur, sic ad secundum & tertium, si autem ad quartum venire contemserit, possessio ejus in *bannum* mittatur, donec veniat, & sic de re, de qua interpellatus fuerit, justitiam faciat, si infra annum non venerit, de rebus ejus, quæ infra bannum missæ fuerint, rex interrogetur, & quidquid inde judicauerit, fiat, &c. vid. Meinders *de judic. centenar. cap. 4. §. 57.* Moder- *quam moder-* nam quod attinet praxin, eo magis succincti hic esse possumus, quo magis illam singulis problematibus passim subjecimus. Judicis arbitrio tota decisio subest, qui, quousque hic procedendum, pro circumstantiarum diuersitate facile judicabit. Ut plurimum ita proceditur, ut (1) mandata poenalia decernantur, & quidem sub poena arbitraria, si in constitutionibus prouincialibus nihil expresse constitutum, alias vero sub ea, quæ statutis determinata, (2) si testes comparere nolunt, majorem poenam judex, siue commissarius, comminatur, & refractarios in poenam prioris condemnat, ubi itidem aliæ poenæ adjungi possunt, v. g. ut nuncio exequenti ob contumaciam sumtus soluat, vel si absoluto examine ceterorum testium contumax est, ad ædes commissariorum, siue ipsius judicis citetur, item judex jubere potest, ut propriis sumtibus compareat, id quod in camera aliquoties ita obseruatum fuisse testatur Rulant. *de commissar. p. 2. l. 2. c. 7. lit. a.* Si vero nec huic iterato mandato morem gerant, adhuc ulterius proceditur, & ad executionem mandatorum anteriorum, ad pignorationem, ad carcerem, imo pro causæ grauitate juxta ea, quæ supra adtulimus, ad torturam usque deuenitur, vid. Sebast. Guazzin. *de defens. reor. defens. 19.* Petrus Maria Passerinus *in regul. tribun. qu. 15. art. 9.* Faber, *l. 4. tit. 15. defn. 57.* In camera imperiali ad poenam

pœnam banni olim procedebatur, commissarius vero bannum irrogare nequit, Gail. *l. 1. obs. 100.* sed hæc pœna, quæ ad exemplum excommunicationis juris canonici introducta, per *R. J. nouiss. de a. 1654. §. 36.* hodie sublata, quamuis enim ibi in specie nulla testium injecta fuerit mentio, sufficit tamen, quod generatim pœna banni in materia de contumacia abolita sit, adeoque hodiernum & ibi dicta pœna arbitrio judicis relinquitur.

TANTUM.



Ludovici, Jacob Friedrich

Disp. inaug. iur. de teste contumace

Hala 1735

4 Diss. 1935#Beibd.6

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10824529-6

VD18 15016285-001